شرح الملتقى المجلد الثاني

فهرست النصف الثاني بسم الله الرحمن الرحيم من شرح ملتقى الابحر

ملكه من فضل ربه عبده العم
اسعد الصديقي ... ال
الحسن غفر لهما

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على نواله وتواليه • والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وموالية • وبعد فكرم عبد الله الكريم العام لقاص ودان • بقوله تعالى أجيب دعوة الداع إذا دعان • تفرغ لهذا التصنيف الأحقر من شروح الملتقى • راجيا من الله توفيقه لتتميمه بالتحقيق • وأن يرزق فقيده الإنابة وانشراح الصدور • ويحشره مع الصالحين يوم يبعث من في القبور • ويغفر له مع المسلمين ولوالديه • لم يجزيه بمساويه يوم يقوم الأشهاد لديه • ويتفضل عليهم بتبديل سيئاتهم حسنات • إنه جواد كريم مجيب الدعوات

كتاب البيوع

وهو من الأضداد يقال باع كذا إذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفي الخبر قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أي لا يشتري على شراء أخيه لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع قال الفرزدق إن الشباب لرابح من باعه والشيب ليس لبائعه تجار ويقع في الغالب على إخراج المبيع عن الملك البيع في اللغة هو مطلق المبادلة وفي الشرع مبادلة مال بمال ثبت جوازه بالكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى أحل الله البيع وحرم الربوا وقوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وأما السنة فما روي أن النبي عم باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فأقرهم عليه وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك وينعقد بإيجاب وقبول الانعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل والإيجاب هو الإثبات سمي به الكلام أحد العاقدين سواء كان بعت أو اشتريت لأنه يثبت به للآخر خيار القبول والقبول هو ثاني كلام أحدهما سواء كان بعت أو اشتريت بلفظي الماضي كبعت واشتريت وينعقد أيضا بما دل على معناهما أي الماضيين نحو رضيت وأعطيتك بكذا أو خذه وينعقد أيضا بالتعاطي أي إعطاء المبيع والثمن من الجانبين فإن البيع ينعقد به بلا وجود لفظ فضلا عن الماضيين لوجود المقصود في الخسيس والنفيس وزعم الكرخي أنه ينعقد بالتعاطي في شيء خسيس جرت العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والأول هو الصحيح لأن جواز البيع باعتبار الرضى لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب الجواز ثم اختلفوا فيما يتم به التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد إلى أنه يكتفي بتسليم المبيع ولو قال

أحد العاقدين خذه بكذا فقال الآخر أخذته أو رضيت صح لأن كلا منهما على معنى بعت واشتريت ينعقد به البيع فإذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو قال اشتريت هذا منك فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه فإنه أمر بالأخذ بالبدل وهو لا يكون إلا بالبيع فكأنه قال بعته منك فخذه فنفذ البيع اقتضاء فيثبت العقد باعتبار أن المعنى هو المعتبر في هذه العقود وإن اعتبر اللفظ في بعضها كشركة المفاوضة حيث لا يصح إذا لم يبينا جميع ما يقتضيه وإذا أوجب أحدهما فللآخر أن يقبل كل المبيع بكل الثمن في المجلس أو يترك وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد بغير رضاه لا ببعضه دون بعض يعني إذا أوجب البائع في شيء فقبل المشتري في بعض ذلك أو أوجب المشتري في شيء فقبل البائع في بعض لم يجز لأن فيه تفريق الصفقة لأحد المتعاقدين لا يملك ذلك لأن فيه ضررا للمشتري أو البائع لأن المبيع إن كان واحدا لزم ضرر الشركة للمشتري وإن كان متعددا فالعادة ضم الجيد إلى الردي وتنقص ثمن الجيد لترويج الردي فلو ثبت خيار قبول العقد في البعض فقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر له وإذا لم يجز أخذ البعض بالبعض فإنه لا يجوز أخذ الكل بالبعض وفي الكافي إلا أن يبين ثمن كل بأن يقول بعت هذا بدرهم وذا بدرهم فقبل أحدهما بدرهم يجوز لأنهما صفقتان معنى لا يتم إلا أن يتعدد تكرار لفظ العقد إذ به تتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد وقال الزيلعي ليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وإن فصل الثمن إلا إذا كرر البائع لفظ بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة وعندهما لا بد ذلك إن فصل الثمن بأن قال بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة كل واحد بكذا وإن رجع الموجب أو قام أحدهما عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب أما بطلانه برجوع الموجب فلأن المانع من الرجوع لزوم إبطال حق الغير وهو منتف ههنا لأن الإيجاب لا يفيد الحكم بدون القبول وأما بطلانه بالقيام فلأن القيام دليل الرجوع والدلالة يعمل عمل الصريح وإذا وجد الإيجاب والقبول لزم البيع بلا خيار المجلس وقال الشافعي لا يلزم بل لهما خيار المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا وهما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون إلا بالتراضي لما فيه من الإضرار بالآخر بإبطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول وأنه إذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل آخر ويصح البيع في العوض المشار إليه بلا معرفة قدره ووصفه لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا يفضي إلى المنازعة فلا تمنع الجواز لأن العوضين حاضرين لكن في غيره أي لا يصح في غير

المشار اليه بلا معرفة قدره ووصفه يعني اذا كان الثمن في الذمة اشترط معرفة
مقدار الثمن كالعشرة والمائة وصفته كالمصرية والبخارية ولو قال اشتريت هذه
الدار بعشرة او هذا الثوب بعشرة او هذا البطيخ بعشرة وهو في بلد يستعمل
بالدنانير والدراهم والفلوس انصرف في الدار الى الدنانير وفي الثوب الى
الدراهم وفي البطيخ الى الفلوس بدلالة العرف كذا في الايضاح ويصح ايضا
بثمن حال وبثمن مؤجل باجل معلوم لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا
وروي عن النبي عم انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان يكون
الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة ولو اشترى باجل سنة غير
معينة فمنع البائع المبيع حتى مضت السنة ثم سلمه فله اي للمشتري اجل سنة
اخرى بعد قبضه خلافا لهما لان الاجل من وقت العقد يتم ولا اجل له غيرها اعتبارا
كالوقال الى رمضان ولابي حنيفة ان التاجيل لترفيه المشتري بتاخير المطالبة عنه
ولا مطالبة قبل قبض المبيع فتعين الاجل منه بخلاف التاجيل الى رمضان لانه معين
وان اطلق الثمن فان استوت مالية النقود ورواجها ولكن مافرق من اي نوع كان لان
المطلوب بالعرف كالمعلوم بالنص وان اختلفت رواجا فمن الاروج وان استوت رواجا
لا ماليتا فسد ما لم يبين لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد الا ان يرتفع
بالبيان ○ ويصح البيع ايضا في الطعام وفي كل مكيل وموزون كيلا ووزنا وكذا جزافا
الا بيع بغير جنسه لقوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه
جزافا فانه لا يصح لاحتمال الربوا ويصح ايضا بيع المكيلات والموزونات باناء او حجر معين
كل منهما لا يدري قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان التسليم
في المبيع متعجل فيندر هلاك الاناء والحجر بخلاف السلم فان التسليم فيه متاخر
فالهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا
كان المكيال لا ينكبس الكبس كالقصعة ونحوها واما اذا كان كالزنبيل ونحوه
فلا يجوز وكذا اذا كان الحجر يتفتت او باعه بشي لا يخف بجفاف ○ ومن باع صبرة كل صاع
بدرهم صح في صاع فقط عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة
لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما
رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على ان ياخذ ايهما شاء بخلاف ما اذا اجر داره
كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن زوال
الجهالة فيها فيصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد
بخلاف ما اذا قال كل مرة انت جوالق حيث ينصرف الى الكل للعلم فضائا الى
المنازعة ولابي حنيفة ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح

فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد بخلاف ما استشهدا به لان التي وقع الجهالة
هنا فهو الكيل متاخر عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره موجود حالة
التبايع الا ان يسمي جملتها فيصح بالاجماع ولو زال المانع قبل تقرر الفساد
وللمشتري في الصاع الخيار لتفرق الصفقة عليه وان كيل او سمي جملتها في المجلس
بعد ذلك صح كما اذا اشترى ما لم يره فراه وان افترقا قبل ان يعرف فسد فلا
ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار اربعة ايام حيث يعود صحيحا
بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد باعتبار
اليوم الرابع فعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس ○ ومن
باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح في شي منها وكذا لو باع ثوبا كل ذراع
بدرهم وكذا كل معدود متفاوت وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يصح
في الكل في جميع ذلك لان رفع هذه الجهالة بايديهما كما ان لها نظائر وله
ما ذكرنا من الجهالة لان الواحد متيقن به غير ان افراد الشياه متفاوتة فلا
يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع واحد من ثوب يكون ضررا على البائع
فلا يجوز كالوباع جذعا في سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت ○ وان باع
صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدت اقل او اكثر اخذ المشتري
الاقل بحصته لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم
قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان
شاء اخذها او فسخ لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة ف
الزيادة للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فيبقى على ملكه الزائد
ليس بوصف وفي المذروع ياخذ الاقل بكل الثمن او يفسخ والزائد له بلا خيار
للبائع نحو ان باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم
وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف للمذروع
فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين ط بخلاف
الاول غير انه ان وجده ناقصا ثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط
في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله شي من
الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما او شرط سليما فوجده
معيبا فللمشتري الخيار والدليل على انه وصف انه عبارة عن الطول والعرض يجوز
للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال ان يزيد
فيكون للبائع كما في المكيل والموزون وان سمى لكل ذراع قسطا اخذ الاقل بحصته و
كذا الزائد وله الخيار في الوجهين نحو انه اذا قال بعتكه بمائة درهم كل ذراع بدرهم
مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء تركه وان وجده

زائدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح ان يكون
اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل اصلا وان لم يسم فهو
وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته وثبت له الخيار لتفرق الصفقة
عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء
تركه كله لانه ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه
ضرر فيخير وليس له ان ياخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض يضره بخلاف
الصبرة الاترى انه لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ولما كان
الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا
في حق غيره من الاحكام لرجوع القاصر في البيع وان سمى لكل ذراع ثمنا ● وصح بيع
عشرة اسهم من مائة سهم من دار اجماعا لا بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها عند
ابي حنيفة وعندهما يصح فيهما ذكر في غاية البيان نقلا عن الصدر الشهيد والامام العتابي
ان قولهما بالجواز اذا كانت الدار مائة ذراع ويفهم هذا من تعليلهما ايضا حيث قالا لان
عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان البيع يقع
على قدر معين من الدار لا على شائع لان الذراع في الاصل اسم لخشبة يذرع بها واستعير
هنا لما يحله وهو معين لا مشاع لان المشاع لا يتصور ان يذرع فاذا اريد به ما يحله وهو
معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد ● ولو باع عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دنانير
مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب فاذا هو اقل او اكثر فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج
الى رد الثوب الزائد فيتنازعان في المردود ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج الى اسقاط
حصة ثمن المعدوم وهو مجهول فيؤدي الى النزاع ولو فصل الثمن بان بين لكل ثوب ثمنا مثل
ان يقول بعتك هذا العدل على انه عشرة اثواب بمائة درهم كل ثوب بعشرة فكذا يفسد البيع
في الاكثر لانه تبقى الجهالة في المردود فتؤدي الى المنازعة ويصح في الاقل بحصته وخير المشتري
لان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم ● وان باع
ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذ المشتري بعشرة لو عشرة ونصفا بلا خيار
وبتسعة لو تسعة ونصفا بخيار وعند ابي يوسف يخير في اخذه باحد عشر في الاول
وبعشرة في الثاني وعند محمد يخير في اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني
بتسعة ونصف لمحمد انه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة انتزل العدد ومن ضرورة
مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في
الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب
عما شرط فيتخير كما يتضرر ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل
ذراع كثوب على حدة بيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شيء
من الثمن لما ذكرنا انه وصف وتعيين الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخير

فيه لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده زائدا او انتقص المبيع في الاخر فلم يتم رضاه
ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع
وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه
عاد نفعا محضا وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب اليه قيل هذا الاختلاف في ثياب
يضرها القطع او يتفاوت جوانبه كالعمامة والقمصان والاقبية واما الثياب التي لا تتفاوت
جوانبها كالكرباس ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة
المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض

فصل اعلم ان ههنا اصولا الاول ان كل ما هو يتناوله اسم المبيع عرفا
يدخل في البيع وان لم يذكر صريحا والثاني ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال
قرار كان تابعا له داخلا في المبيع وما لا فلا والثالث ان ما لا يكون من القسمين
المذكورين ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بذكرها والا فلا
يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار بلا ذكر لان البناء ثابت فيها ثبوت قرار
فيتبعها وان المفاتيح لا يحصل الانتفاع بالدار الا بها اراد بها مفاتيح الاغلاق
المتصلة بالباب لانها لو كانت منفصلة لا تدخل الاغلاق ولا مفاتيحها وكذا
السلم والسرير ان كان متصلا به يدخل وان كان من خشب وان لم يتصل لا يدخل كذا
في الكافي وذكر في التبيين هذا وفي عرفنا هذه ينبغي ان يدخل السلم وان لم
يتصل لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه الظلة لا تدخل في بيع الدار
عند ابي حنيفة وعندهما تدخل ان كان مفتحها من داخل وكذا يدخل الشجر في بيع الارض
لانه متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها ولا فرق بين شجر مثمر وغير مثمر وفي
وفي شجر صغير قيل لا يدخل فيه لان غير المثمر يقطع للحطب والخشب يبنى عليها
والصغيرة تنقل من مكانها ولو اطلق شرى شجرة ولم يعين بان شراها للقطع
او للقرار دخل مقدارها اي مكان الشجر ايضا في الشرى بمقدار غلظها عند محمد
وهو المختار لان الشجر اسم للمستقر والاستقرار بدون الارض فدخل كما لو قرب الشجرة
لما ان يدخل الارض خلافا لابي يوسف هو يقول بدخول البيع عين الشجرة لا
ارضها لانها اصل والشجرة تبع لها ولو دخلت الارض في بيعها تستلزم كون الاصل
تبعا ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية لانه متصل بها للفصل فصار
كالمتاع الموضوع فيها ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط لقوله عليه السلام من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا
ذكر الحقوق والمرافق لانه ليس منها ويقال للبائع اقلعه واقطعها وسلم المبيع
لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان

فهو متاع موضوع وكذا إذا بيع بشرط ولم ينبت بعد لأنه كالمتاع الموضوع فيها
وإن نبت ولم تكن له قيمة دخل في البيع • ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لم يبد صح
لأنه مال متقوم منتفع به في الحال أو في المآل وقيل لا يصح قبل أن تصير منتفعا
به والأول أصح ويقطعها المشتري في الحال تفريغا لملك البائع هذا إذا اشتراها
مطلقا أو بشرط القطع وإن شرط تركها على الشجر فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه
العقد وهو شغل ملك الغير أو لأنه صفقة في صفقة لأنه إعارة في بيع إن كان
للمنفعة حصة من الثمن أو إعارة في بيع إن لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله عم
عن صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا إذا تناهى عظمها عندهما لأنه
شرط لا يقتضيه العقد خلافا لمحمد حيث لا يفسد عنده واستحسنه للعادة بخلاف ما
إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو ما يزيد بمعنى في الأرض والشجر
وكذا شرى الزرع بشرط الترك على هذا الخلاف وإن اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع
بلا اشتراط طاب له الزيادة وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاتها لحصوله بجهة
محظورة وإن تركها بعد ما تناهت لا يتصدق بشيء لأن هذا تغير حال فإن الثمر تنضج
ويأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وإن اشتراها مطلقا
ثم استأجر الشجر إلى وقت الإدراك فتركها بطلت الإجارة وطاب الزيادة لأن الإجارة
باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى
الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الزيادة وهو ما زاد على
الثمن وعلى ما غرم من أجر المثل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها
مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو أثمر بعد القبض
يشتركان فيه للاختلاط والقول في قدر الحادث للمشتري لأنه في يده • ولو باع ثمرة
واستثنى منها أرطالا معلومة صح لأن المبيع صار معلوما بالإشارة والمستثنى معلوم
بالعبارة فوجب القول بجوازه وقيل لا يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الباقي
بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة أو يكون رجوعا
عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينا
لأن الباقي معلوم بالمشاهدة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار
إليه على ما بينا من قبل • ويجوز بيع البر في سنبله إلا ببيع بغير جنسه وكذا
الباقلاء بتشديد اللام والقصر وإذا قلت الباقلاء بالمد خففت اللام في قشره
والأرز والسمسم وكذا اللوز والفستق والجوز في قشرها الأول لأنه مال
متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لأن
المعقود عليه شيء مستور غائب عن النظر ولا يعلم وجوده كبزر البطيخ وحب القطن
واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما أن الغالب في

في السنبلة الحنطة ألا ترى أنه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب
في هذا اللبن ولا هذا زيت ولا هذا قطن وعلى هذا الخلاف سائر الحبوب المتلفقة
وما رواه مسلم وأحمد وغيره من أن النبي عم نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل
حتى يبيض ويأمن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز الإسلام فيه حتى يوجد بين الناس
ألا ترى إلى ما رواه مسلم عن النبي عم أنه قال إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك فكونه
حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل ولو أجري على ظاهره
كان حجة لنا أيضا في هذا الموضع لأنه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا
من غير تقييد بالقطع ولو كان كما قاله لقال حتى يقطع ه وأجرة الكيال فيما إذا بيع مكايلة
وأجرة عد المبيع وأجرة وزنه وأجرة ذرعه على البائع لأن الكيل والوزن
والعد والذرع فيما بيع مكايلة أو موازنة أو مذارعة أو معادة من تمام التسليم وتسليم
المبيع على البائع فكذا تمامه وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري لما ذكرنا أن الوزن
من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد
دون حق البائع يتعلق به فيكون أجرة من يميزه ذلك عليه إذ هو المحتاج إليه ه
وفي بيع سلعة بثمن يسلم هو أولا إن لم يكن مؤجلا أي سلم الثمن أولا لأن
العقد يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن
أولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع إذ الثمن لا يتعين
إلا بالقبض وصورة هذا أن يقال للبائع أحضر المبيع ليعلم أنه قائم
فإذا أحضر قيل للمشتري سلم الثمن أولا لما ذكرنا وإن كان المبيع غائبا فللمشتري
أن يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن
وفي بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن سلما معا لاستوائهما في التعين في الأول
وفي عدم التعين في الثاني

باب الخيارات

فصل في خيار الشرط

صح خيار الشرط لكل من العاقدين ولهما معا ثلاثة أيام فما دونه لقوله عم
لحبان بن منقذ الأنصاري وكان يغبن في البياعات إذا بايعت فقل لا خلابة
ولي الخيار ثلاثة أيام لا الأكثر أي لو شرط الأكثر من ثلاثة لا يجوز وهذا عند
أبي حنيفة وبه قال زفر والشافعي لأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو
اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص
فينتفي الزيادة فإذا ألحقت الزيادة على الثلاثة فسد العقد فلو أجاز
في الثلاثة صح خلافا لزفر هو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا كالنكاح
بغير شهود ولهما أن المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم
وأعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ أهل العراق فإن عندهم ينعقد فاسدا
ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولأن المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه

المدة فاذا اجازه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار
كان الخيار لم يكن مشروطا الى اليوم الرابع وهذا عند مشائخ اهل خراسان فعندهم
العقد موقوف على اسقاط الشرط فمضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد فانقلب
صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن
ازالته وهذا الوجه اوجه وعندهما يجوز ان يبين مدة معلومة اي مدة كانت
لما روى عن ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار للتروي لدفع
الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التاجيل في الثمن ولابي حنيفة ما ذكرناه
وحديث ابن عمر رض ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار الى شهرين فيحتمل ان
يكون خيار الرؤية او العيب ٥ وان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة
ايام فلا بيع صح البيع والشرط عندنا وعند زفر لا يصح لانه بيع شرطت فيه اقالة
فاسدة لتعلقها بالشرط ولو شرطت اقالة صحيحة لفسد فهذا اولى بالفساد ولنا
ان ابن عمر رض باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر احد من الصحابة وان الى اربعة لا يعني
لو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع لا يصح عند ابي حنيفة لان
هذا في معنى خيار الشرط من حيث ان المقصود منها التفكر وخيار شرط فوق الثلثة
مفسد فكذا هذا فان نقده في الثلثة اي ان نقد الثمن قبل مضي ثلثة ايام ينقلب
العقد جائزا وعند محمد يجوز الى اربعة واكثر بناء على اصله المذكور وابو يوسف
مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار اخذا بالنص في هذا والاثر في ذلك ٥
وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم
الرضى مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشتري وان
قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار لزمه قيمته لان
البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا في يده
على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء للبائع على
المشتري كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع ان يلزمه
البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع الفسخ واذا
انفسخ العقد كان مضمونا على المشتري بالقبض بجميع اجزائه كالمغصوب ولو تعيب في
يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشتري
يتخير ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق واذا كان العيب
بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله لا يكون الا مضمونا عليه
ويسقط حصته من الثمن ٥ وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه
المشتري لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل
في حقه دون الاخر وانما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص

واحد فان هلك في يده في مدة الخيار لزمه الثمن وكذا لو تعيب المبيع في يد المشتري
اذا كان الخيار له بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية لزمه الثمن لانه تعذر لحدوث العيب
فيه عند المشتري يمتنع الرد على البائع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى
عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن الا انه لا يدخل في ملك المشتري
عند ابي حنيفة لما بيناه خلافا لهما لانه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك
المشتري لكان زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع وكذا ان الثمن لم يخرج عن ملكه
لان الخيار يعارض حق من له الخيار ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص
واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع فلو اشترى زوجته بالخيار لا يفسد النكاح
لانه لم يملكها لان خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بيناه فان وطئها فله ردها
لانه اي الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بهذا الشراء الا في البكر لانها
تتعيب به وليس له ان يردها عليه بعد ما تعيبت عنده وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
ليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمين
فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها ٥ ولو اشترى زوجته بالخيار فولدت
في مدته اي في مدة الخيار في يد البائع لا تصير ام ولده فيملك الرد وان ولدت
في يد المشتري لزم البيع ويبطل الخيار لان الولادة عيب ٥ ولو اشترى قريبه اي
بالخيار او اشترى عبدا بعد قوله ان ملكت عبدا فهو حر لا يعتقان في مدته اي في مدة
الخيار لعدم الملك في الاول وعدم وقوع الشرط في الثاني ٥ ولا يحتسب حيض المشتراة في مدته
من الاستبراء لانه انما يجب بعد ثبوت الملك ولم يثبت ولا استبراء على البائع ان
ردت به عليه اذ لم يملكها المشتري ليتجدد الملك فيجب الاستبراء ٥ ولو قبض المشتري
المبيع باذن البائع ثم اودعه عنده فهلك فهو على البائع لارتفاع القبض
بالرد لعدم الملك ٥ ولو اشترى المأذون شيئا به اي بالخيار فابرأه بائعه عن ثمنه في
مدة الخيار بقي خياره وله الرد لانه يلي عدم التملك وان كان التمليك بغير عوض
كما لو وهب له فان له ان يمتنع عن القبول ولو اشترى ذمي من ذمي خمرا به فاسلم
المشتري في مدته بطل شراؤه كيلا يتملكها مسلما بالاجازة خلافا لهما في الجميع
بناء على ان خيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشتري ٥
ومن له الخيار يجيز بحضرة صاحبه وغيبته ولا يفسخ الا بحضرته خلافا لابي يوسف
هو يقول له ان يفسخ الفسخ مع غيبة صاحبه لان الشرط كان مع علمه فصار مسلطا
له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل عتاق من له الخيار او بيعه
او وطئه او تقبيله بشهوة وكالاجازة فان عن الاخر ضرورة يشترط فيها ولهذا لا يشترط
رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر لانه لا يتمكن من
العمل بموجب الفسخ من غير علم فكان ممتنعا من التصرف والوطء والاستخدام مع قيام

على هذه التصرفات اعتمادًا على ما سبق من البيع فلزمه الغرامة وكذا لا يبطل بالفعل
مشترطًا لما قلنا فلا بد من علمه دفعًا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون
له عن التصرف وفوات الشركة وهي المضاربة عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا
ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها بخلاف الفسخ لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي
كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكمًا فان فسخ
حال غيبة صاحبه وعلم به في المدة انفسخ وان لم يعلم به ومضت المدة تم العقد
ولزم والحيلة فيه ان ياخذ منه كفيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم
انه لو دفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر
الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغيبة الاخر اجماعا
لانه لا يثبت الا بالقضاء ويتم العقد ايضًا بموت من له الخيار لان الخيار يبطل
بموته ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت
له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت
فلا ينتقل عنه كسائر اوصافه لانه ليس الا مشيئة وارادة فصار كخيار المجلس
عنده بخلاف خيار العيب لان المورث يستحق المبيع سليما فكذا الوارث لا انه ورث
خياره وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللوارث ان يطالب بذلك الجزء السليم
فيقوم الوارث مقامه فيه وهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد
موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه
بملك الغير لا ان الخيار يورث واذا بطل الخيار لزم البيع وتم وكذا يتم العقد بمضي
المدة لانه بمضيها بطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة ومن ضرورة
بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع وكذا يتم العقد بالاخذ بالشفعة
بسبب المبيع وصورته ان يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع بجنبها دار اخرى فاخذها
المشتري بشرط الخيار بالشفعة لان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة
وكذا يتم بكل ما يدل على الرضى كالركوب لغير الاختبار والوطء والاعتاق وتوابعه
نحو التدبير والكتابة وكذا كل تصرف لا يحل الا في الملك لان هذه التصرفات
دليل الاستبقاء لانها تعتمد الملك وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد
منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء
في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا انه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل يجري في غير
الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان
والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء ۞ ولو شرط المشتري الخيار لغيره جاز
وايهما من المشتري او من شرط له الخيار اجاز او فسخ صح وقال زفر لا يجوز شرطه
لغير العاقد لان الخيار من احكام العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط

الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد انما ثبت نيابة عن العاقد فيثبت
الخيار للعاقد اولا ثم يجعل الغير نائبا عنه بطريق الاقتضاء تصحيحا لكلامه
وان اجاز واحد وفسخ الآخر اعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه غيره فيه
وان كانا معا فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز الآخر وخرج الكلامان منهما معا كان
الفسخ اولى من الاجازة من ايهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية
كتاب البيوع منه تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل اقوى اذ النائب
يستفيد الولاية منه فلا يصلح ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما اقدم على
التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة
بالفعل وذلك لان تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة الاصيل
التصرف بنفسه فيلغو وجه الاول وهو الاصح ان المعارضة موجودة لان التصرف
متحقق لان كل واحد منهما مالك للتصرف ويتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح
حالة التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح
الحرة والامة اذا وجدا معا ينفذ نكاح الحرة لانه اقوى لوروده على نكاح الامة دون
العكس ۞ ولو باع عبدين على انه بالخيار في احدهما فان عينه اي الذي فيه الخيار
وفصل ثمن كل منهما صح العقد والا فلا وهذا على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل
الثمن ولا يعين ما فيه الخيار وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن لان ما فيه الخيار
كالخارج من العقد لانه مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو
مجهول والثاني ان يفصل الثمن ويعين ما فيه الخيار وهو جائز لكون المبيع والثمن
معلومين وقبول العقد فيما فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكنه
غير مفسد لكونه محلا للبيع كالجمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع
عكسه وهو فاسد فيهما ولو اشترى كيليا او وزنيا او عبدا واحدا على انه بالخيار في نصفه صح
فصل الثمن او لا لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت فقيمته لا تتفاوت فاذا كان ثمن الكل معلوما
كان ثمن النصف ايضا معلوما والمبيع معلوم والشيوع لا يمنع كذا في الكافي ۞ ويجوز خيار
التعيين وهو بيع احد الشيئين او واحد من ثلاثة على ان ياخذ المشتري ايها شاء ولا يجوز في
اكثر من ثلاثة وهو القياس في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي ووجه الاستحسان
انه في معنى شرط الخيار اذ الجواز فيه للحاجة الى التامل ليختار الارفق والاوفق مع انه مخالف
لمقتضى العقد فكذا يحتاج فيه الى اختيار من يثق به او من يشتريه له على هذا الوجه دفعا
للحاجة والجهالة انما توجب الفساد اذا كانت مفضية الى النزاع واذا شرط الخيار للمشتري
وهي لا تفضي الى النزاع لان الامر صار مفوضا اليه فيختار ايها شاء ويرد الاخر والحاجة
تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والردي والوسط وفي الاربعة لم يوجد النزاع
لكن لم توجد الحاجة اليها وثبوت الرخصة بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى النزاع

ولا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين
وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في
الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فـ
اذا لم يذكر خيار الشرط فيه شرط تعيين مدة في التعيين عنده خيار الشرط على الاختلاف في
اي بالثلاثة فما دونها عند ابي حنيفة وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما على قول الكرخي
المشايخ لان القياس يأبى على جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط
الخيار اي بالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه وان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين
فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك وان مضت المدة
بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات
المشتري في مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد
احدهما والمبيع منهما او من الثلاثة واحد والباقي امانة لان الداخل تحت العقد
احدهما والذي لم يدخل تحت العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا
بطريق الوثيقة فكان امانة في يده فلو قبض الكل وهلك واحد او تعيب لزم البيع
فيه وتعين الباقي للامانة ضرورة وان هلك الكل معا لزمه نصف ثمن كل او
ثلثه لشيوع المبيع والامانة في ذلك الثنتين او الثلثة لعدم الاولوية بجعل واحد او الكل
مبيعا او امانة ولا فرق بين ان يكون متفقا او مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولم يدر
الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما كما في ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على
حاله وله ان يرد احدهما لانها محل لابتداء البيع فكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس
له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب منع من الرد بخيار الشرط وليس
له اي ان له خيار التعيين رد الكل لانه امين في احدهما فيرده على الامانة وفي الاخر مشتر
بشرط خيار التعيين فيمكن من رده وان افتك احدهما الرهن ثمنه لانه عين البيع فيه فلو
وكان امينا في الاخر فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه ضمان الا ان ضم اليه خيار
الشرط فحينئذ يرده بخيار الشرط لما بيناه ويورث خيار التعيين والعيب لا خيار
الشرط والرؤية اما خيار التعيين فيثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير
لا بطريق الخيار لمورثه واما خيار العيب فلان المورث استحق المبيع سالما فكذا
الوارث لقيامه مقامه ولهذا يثبت له الخيار فيما يعيب في يد البايع بعد موت
المورث واما خيار الشرط فلا يورث لان العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان
ينفسخ بفسخ المورث فلا حاجة فلو كان الخيار للبايع ومات ملك المشتري المبيع
ولا ينازعه ورثة البايع واذا كان الخيار للمشتري ومات ملكه ورثة المشتري بلا
خيار وان الارث فيما يقبل الانتقال وخيار الشرط ليس الا مشية وارادة ولا ارث
فيورث في خيار التعيين والعيب واما خيار الرؤية فانه ايضا ليس الا مشية وارادة

حتى ان المشتري لو مات قبل الرؤية فلورثته ولو شاءوا الرد بعده كما كان له • ولو اشتريا على انهما
بالخيار فرضي احدهما لا يرد الاخر اي لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرد
نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يقولان له ان يرد وعلى هذا
الخلاف خيار العيب والرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما لانه شرع
لدفع الغبن وكل منهما محتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره لم يحصل
مقصوده وللعقد بدون ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل منهما بانفراده فلا ينفرد احدهما
بالرد • ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فظهر بخلافه اخذه بكل الثمن او تركه لانه
وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه
وذلك بان لا يقدر على الخبز والكتابة قدر ما يطلق عليه اسم الخباز والكاتب وحينئذ يخير
بين القبول بجميع الثمن وبين الرد اذا لم يمتنع عن الرد بسبب من الاسباب **فصل** في خيار الرؤية
٥ من اشترى ما لم يره جاز وله رده اذا راه وان رضي قبلها وكذا البايع ما لم يره جاز وليس
له رده اذا راه لما روي ان عثمان رضي الله عنه باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله
فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض انك
قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار
لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولا خيار للبايع ما لم يره لما مر من قضاء جبير بن مطعم
٥ ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط من التصريح والدلالة ومن مده بعد الرؤية وانما
قبلها فلا يسقط وان صرح به لان في ضمن بعض التصرفات تعتبر الفسخ على ما نبين و في
بعضها لا لانه تمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولهذا البيع وان لم يوجد منه اجازة
صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بل يحل انه لولاه قبل
العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب
يسقط بزوال العيب وكان ينبغي ان لا يملك فسخه بعد الرؤية متصلا بزوال سببه لانه
ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ
والصحيح انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول او بفعل
يدل على الرضا به نص عليه ابن سماعة وكذا ذكره الكرخي في الاصل لان النص ورد باثبات الخيار
مطلقا والعبرة في المنصوص عليه بعين النص لا بالمعنى مع ان جهالة الوصف ليست بعلة
لثبوت هذا الخيار بدليل انه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقف
لا طلوعه على الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو نسخ فعند الدال يوجد منه ما يسقطه
من تصرف به او تعيب في يده وتعذر رد بعضه وتصرف لا يفسخ كالاعتاق وتوابعه
او يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة قبل الرؤية وبعدها لوجود الرضا
صريحا او دلالة وما لا يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم
يبطل بعدها لوجود دلالة الرضا لا قبلها لانه لا يفوق صريح الرضا وكذا يبطله

اذا قبضه بعد الرؤية لانه يدل على الرضى ولانه مؤكد بحكم العقد ولو كان البيع
بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه بات يبطل
من جانبه ولو اشترى ارضا فاذن للاكار ان يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل خياره
لان فعله بامره كفعله ○ وكفى رؤية ما يعلم به المقصود لان رؤية جميع المبيع غير
لازم لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود فان لم يتفاوت احاده كالمكيل و
الموزون اكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ منه فحينئذ يكون مخيرا وان تفاوت
كالثياب والدواب لزم رؤية كل واحد واذا تقرر هذا فقوله ما يعلم به المقصود لا وجه
الرقيق لان الوجه هو المقصود في الادمي و وجه الدابة وكفلها لانهما المقصودان في
الدابة وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف وفي شاة اللحم لا بد
من الجس لان به يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا بد
من رؤية الضرع ورؤية ظاهر الثوب ان لم يكن معلما كافية لانه يعرف البقية الا اذا
كان في باطنه ما يكون مقصودا كموضع العلم فلا بد من رؤيته ايضا ان كان معلما ورؤية
داخل الدار وان لم يشاهد بيوتها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات
اذا راى صحن الدار يسقط خياره وعند زفر لا بد من مشاهدة البيوت وعليه الفتوى
اليوم لان بيوت الشتوية والصيفية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد
من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى الخارج او الصحن لا يقع العلم
بهذه الاشياء وان راى بعض المبيع فله الخيار اذا راى باقيه وما يعرض بالنموذج
كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس
الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي اردأ فيكون له الخيار فيه وفيما اذا راى
كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وفيما يطعم لا بد من الذوق
لانه المعرف للمقصود ○ ونظر الوكيل بالشراء او القبض كاف لا نظر الرسول هذا
عند ابي حنيفة وعندهما الوكيل ايضا كالرسول ههنا وكيل بالشراء ووكيل
بالقبض ورسول صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا
عني بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته
وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عني بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار
بالاجماع ورؤية الوكيل الثاني تسقط عند ابي حنيفة اذا قبضه ناظرا اليه فحينئذ
ليس له ولا للموكل الا ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ينتهي الوكيل القبض
الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا وان ارسله رسولا يقبضه فقبضه
بعد ما راه فللمشتري ان يرده وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء وان قبضها
بعد الرؤية لا يسقط خيار المشتري ○ وبيع الاعمى وشراؤه صحيح وله الخيار اذا
اشترى ويسقط خياره بجس المبيع او شمه او ذوقه فيما يعرف بذلك وبوصف

العقار لانه اما صحيح عنده ولانه مكلف محتاج فصار كالبصير واما يسقط خياره
بما ذكره فلان هذه الاشياء يفيد العلم لمن استعملها وانما يسقط خياره بالجس
وغيره محمول على ما اذا وجد الجس منه قبل الشراء واما اذا اشترى قبل ان يجس يسقط
خياره بالجسة باتفاق الروايات وعند الحال ان يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او
فعل في البيع مما بينا ويكتفى بالوصف في العقار لانه لا سبيل الى معرفته الا به
والوصف قد يقام مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية
فيه بعد ما وصف له فكذا هو هنا وعن ابي يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان
لو كان بصيرا لرآه منه لان التشبه يقوم مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين
اقيم مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة وامرار الموسى على راس المحرم بالحج او العمرة
عند التحليل وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة
لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده وقال بعضهم يشترط مس الحيطان و
الاشجار مع الوصف ○ ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر فله ان يردهما او
ردهما لعيب احدهما لان رؤية احدهما لا تغني عن رؤية الاخر للتفاوت وبقي خياره
فيما لم يره فيجوز رده ولكنه لا يرده وحده لنهيه عليه السلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا
ضرورة ○ ومن راى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيرا فله الخيار لان العلم بالمبيع قد
حصل بالرؤية الاولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان
راه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضى بدون العلم باوصافه لا يتصور
وانما يتخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معلمة له باوصاف المبيع فصار كانه
لم يره وان اختلفا في تغيره فالقول للبائع مع يمينه لان الظاهر يشهد له اذ الاصل
بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق في دعوى التغير الا ببينة
الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له فان الجارية الشابة تكون عجوزا بطول
الزمان وان كان اختلافهما في الرؤية فالقول للمشتري لانها امر حادث والمشتري ينكر
فيكون القول قوله مع يمينه ○ ومن اشترى عدل زطي فباع منه ثوبا او وهب وسلم فليس له ان
يرده بعيب الا بخيار رؤية او شرط لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد
الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل
التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما
بينا وفي هذه المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع
من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة وعن ابي يوسف انه لا يعود لان الساقط
لا يعود وصار كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري وصححه قاضيخان **فصل** في خيار العيب
○ مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع من العيب فكانت السلامة كالمشروطة في العقد
صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به

كما اذا فاتة الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد كما اشترى عبدا على انه خباز
او نحوه فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل له ان يبيع
المعيب حتى يبين عيبه لقول النبي عم لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعا وفيه عيب الا بينه
له رواه ابن ماجه واحمد بمعناه ومر النبي عم برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه فاذا
هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب النبي عم بعد ما باع
فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله اشترى منه
عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذي
فمن وجد في مشتريه عيبا رده او اخذه بكل ثمنه لا امساكه ونقص ثمنه الا برضى بايعه
وذلك لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا يكون اصلا ولا
من حاله بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البايع بعد
البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن حصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف تكون لها
حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند البايع وقبضه المشتري من غير ان
يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضى بعد العلم بالعيب • وكل ما اوجب
نقصان الثمن عند التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص
القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله كالاباق ولو الى ما دون السفر من صغير يعقل
عيب وكذا السرقة والبول في الفراش لانها توجب نقصان القيمة عندهم ثم اذا وجد
شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا وهي
اي الاشياء المذكورة في الكبير عيب اخر غير ان وجد الاول بالبلوغ فيكون ذلك
مختلفا لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف المثانة وبعده لداء
في الباطن والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما
بعد البلوغ لخبث في الباطن فلو ابق او سرق او بال في صغره ثم عاوده عند المشتري
فيه اي في صغره ايضا رده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا لو وجد عند البايع بعد
البلوغ وعند المشتري ايضا بعد البلوغ رده لما ذكرنا وان حصل عند البايع قبل
البلوغ وعاوده عنده اي عند المشتري بعد البلوغ لا يرده لزوال الاول بالبلوغ
والسرقة لا تختلف بان يكون من المولى او من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا للاكل
فانه لا يكون عيبا فان التقصير جاء من المولى حيث احوجه اليه وان سرق طعاما
من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يامنه في حفظ ماله ولو سرق الشيء اليسير
نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم ياخذ
وفي الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا اتفاقا ان ابق من المولى او ممن رجل
كان عنده باجارة او اعارة او وديعة بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الى المولى
او الى غيره اذا لم يعرف منزله او لم يقدر على الرجوع اليه وان لم يخرج من البلد

اختلفوا فيه والاشبه ان يقال ان كانت البلدة كبيرة يكون عيبا وان كانت
صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها وبيوتها لا يكون عيبا • والجنون وهو فساد في الحس
دون العقل معدنه القلب وشعاعه والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف
باختلاف السن عيب مطلقا فلو جن في صغره وعاوده عند المشتري فيه او في كبره
رد به لانه عين ذلك الاول • والبخر نتن رائحة الفم والدفر بالذال المعجمة وتحريك الفا
نتن رائحة الابط والزنا والتولد منه اي من الزنا عيب في الجارية لانه يخل بالمقصود منها
وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء
لا يخل به لانه يستخدم مع وجود ذلك وكونه ابخر او ادفر او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه
الا ان يكون البخر والدفر من داء بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا عادة له لان اتباع
النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها
لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد
في الامالي لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البايع فللمشتري ان يردها
وان لم تزن عنده للحوق العار بالولد • والاستحاضة عيب وكذا عدم حيض بنت
سبع عشرة سنة لان استمرار الدم وارتفاعه في المدة المذكورة التي هي اقصى غاية
البلوغ عند ابي حنيفة عيب لكونهما امارة الداء ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرف
غيرها فترد اذا انضم اليه نكول البايع قبل القبض وبعده هو الصحيح • والكفر
عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية
ولا يصرفونه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده
مسلما لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان
استعباد الكافر اولى لانه مطلوب من المسلم والحجة عليه ما ذكرنا • وكذا الشيب عيب لانه
ينقص المالية والدين ايضا عيب لان ماليته تكون مشغولة به ويقدم الغرماء على المولى
والسعال القديم ايضا عيب لان دوامه يدل على الداء وينتقص بسببه المالية وكذا الشعر
والماء في العين ايضا عيب لانهما يورثان العمى • وان ظهر عيب قديم بعد ما حدث عند
المشتري عيب اخر رجع بالنقصان اي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند
البايع فله ان يرجع بالنقصان كثوب شراه فقطعه فاطلع على عيب لان القطع
عيب حادث يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان وليس له الرد الا برضى البايع باخذه
كذلك فله ذلك لان الرد اضرار بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني
ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع بالتزام
الضرر فيخير المشتري حينئذ ان شاء رده وان شاء رضي به وليس له ان يرجع
بالنقصان بعد ما رضي البايع لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من اخذه حتى
لو باعه المشتري سقط رجوعه لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع القطع

برضى البايع فكان مفوتا للرد قال خاط الثوب او صبغه احمر او لت السويق بسمن
ثم ظهر عيبه رجع بنقصانه وليس لبايعه ان ياخذه وان رضي به لان الرد بدون
الزيادة غير ممكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة ايضا غير ممكن لان العقد لم
يرد عليها حتى لو باعه اي المبيع بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع يعني لو باع
المبيع بعد ما زاد فيه بالخياطة او غيرها رجع بنقصان العيب لان بالزيادة امتنع الرد
على البايع وان رضي به ولو اعتق بلا مال او دبر او استولد ثم ظهر العيب رجع بالنقصان
اما في الاعتاق فلان الملك انتهى به فاشبه الموت واما في التدبير والاستيلاد فلان
تعذر الرد مع بقاء المحل حكمي ثبت بغير صنعه وكذا ان ظهر بعد موت المشتري
رجع بالنقصان لان الملك انتهى به والامتناع لم يثبت حكما للموت لا بصنعه • وان
اعتق على مال او قتل لا يرجع بشيء وكذا لو اكل الطعام كله او بعضه او لبس الثوب
فتخرق لا يرجع خلافا لهما يعني لو ظهر العيب بعد ما اعتقه على مال او قتله لا يرجع
البدل كحبس المبدل فلا يرجع بالنقصان اما في الاعتاق على مال فانه حبس بدله وحبس البدل
كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان العوض في
المعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض واما في القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو
مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار مستفيدا به الملك
من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كانه سلم له الضمان معنى الا يرى انه لو لم يكن
ملكا له لوجب عليه ضمانه وكذا لو اكل الطعام كله او بعضه او لبس الثوب فتخرق
لا يرجع عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يرجع عندهما بالنقصان لانه صنع في
المبيع ما يعتاد فعله فيه ويشترى لاجله فاشبه الاعتاق وله ان الرد قد تعذر
بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار كالاحراق له
بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تاثير له فيه الا يرى ان البيع مقصود بالشراء
ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل ان الرد متى امتنع بفعل مضمون من
المشتري كالقتل والتلبيس من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته او من
جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بآفة سماوية او انتقص او زاد زيادة مانعة من الرد
او الاعتاق او توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمتنع من الرجوع بالنقصان وان اكل
بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بنقصانه لانه
كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب
في الكل وليس له ان يرد الباقي ولا يرجع بنقصان ما اكل لان الطعام كشيء واحد فيتعيب بالتبعيض
والاكل لا يمنع الرجوع في البعض اولى وعنهما انه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل
لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في المزال عن ملكه
ولا في الباقي لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعندهما يرجع بنقصان الباقي

[illegible]

11

• وان اشترى بيضا او جوزا او بطيخا او قثاء او خيارا فكسره فوجده فاسدا فان كان ينتفع
به رجع بنقصانه لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به البايع لانه اسقط حقه
وقال الشافعي يرده مع الكسر منه مقدار ما لا بد له منه للعلم بالعيب يرده لان البايع
سلطه عليه فكانه فعله بنفسه قلنا رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملكه
نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب فصار كالثوب ثوبا فقطعه
ثم اطلع على عيب ولو علم بعيبه قبل الكسر رده لامكانه والا اي ان لم ينتفع به
فبكل ثمنه لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولو وجد البعض فاسدا وهو
قليل كالواحد والاثنين في المائة صح البيع لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد
عادة ولا يمكن التحرز عنه فليس له ان يخاصم البايع بسببه والا اي ان كان
الفاسد اكثر منه ولم ينتفع به فسد العقد ورجع بكل ثمنه • ومن باع ما اشتراه
فرد عليه بعيب بقضاء باقرار او نكول او بينة رده على بايعه لان الرد بالقضاء
فسخ في حق الكل فيكون كانه لم يبعه ولو قبل برضاه من غير قضاء القاضي لا يرده
عليه اي على بايعه لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما ولا ولاية لهما على غيرهما
بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل • ومن قبض ما اشتراه ثم
ادعى عيبا لا يجبر المشتري على دفع ثمنه بعد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه
فلا يجب عليه دفع الثمن اذ لو دفعه فلعل العيب يظهر فينتقض القضاء فلا يقضى به
صونا للقضاء عن الانتقاض ولكن يبرهن على ثبوت العيب فيرد المعيب ان امكن والا يرجع
بالنقصان كما مر او يحلف المشتري بايعه على عدم العيب ان لم يكن له شاهد ويدفع
الثمن فان قال شهودي غيب لزمه حتى يحضر شهوده لا يلتفت القاضي الى ذلك ويدفع
الثمن ان حلف بايعه وصورة التحليف ان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن فيه
عنده وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجد فيه عنده اي عند المشتري لان البايع
لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا في قول
ابي يوسف ومحمد يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف ولان الدعوى
معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عندهما فان حلف برئ
ولزمه العيب ان نكل ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن عنده فيه فان حلف برئ
وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه في البينة قال
قال المشتري شهودي غيب دفع اليه الثمن ان حلف بايعه لان في الانتظار
ضررا بالبايع وليس في دفع الثمن اليه كثير ضرر على المشتري لانه على حجته متى
اقام البينة رد عليه المبيع واخذ منه الثمن ولزم البايع العيب ان نكل
لانه حجة فيه وكيفية التحليف ما بيناه • ومن ادعى اباق مشتريه يبرهن
المشتري اولا انه ابق عنده ثم يحلف بايعه بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط

اي اذا ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البايع واراد المشتري تحليفه
لا يحلف البايع حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عنده نفسه فان اقام حلف بالله
ان البايع لم ينتصب خصما حتى يثبت ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا
قول ابي حنيفة وعندهما يحلف او بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي
او بالله ما ابق عندك قط لا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل
انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه ولو كان الدعوى في اباق الكبير يحلفه
بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر يزول بالبلوغ فلا يوجب
الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد
البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذلك لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما
به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه في احد
الحالين وهي حالة التسليم وعند عدم بينة المشتري على اباقه عنده يحلف البايع
عندهما انه ما يعلم انه ابق عنده لان الدعوى صحيحة حتى يترتب عليها البينة فكذا
اليمين واختلفوا على قول الامام وله على ما قال البعض ان الدعوى لا يصح الا من خصم
ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب فان نكل عن اليمين على قولهما حلف ثانيا لطلب
المشتري تحليفه فان بنكوله ثبت العيب عند المشتري فاذا اراد الرد على البايع بهذا
العيب حلف البايع على الثبات كما مر من قوله بالله ماله حق الرد عليك فان
حلف لا يرد وان نكل يرد عليه هذا في العيوب التي لا يظهر للقاضي ولا يعرف
اهي حادثة عند المشتري ام لا واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزائد
او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع
الا اذا ادعى البايع رضى المشتري به واثبته بطريقه فالحاصل ان العيوب انواع
احدها ان يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع
الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البايع بقول الاطباء فيقبل في قيام العيب للحال
وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا يرد الا بقول عدلين لاثباته عند البايع فيرد
عليه اذا لم يدع الرضى والثالث عيب لا يعرفه الا النساء كالرتق والعفل فيقبل
في قيامه للحال قول امرأة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من
تحليف البايع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف يرد بقولهن من غير يمين
البايع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق
ونحوه فحكمها ما ذكرناه • ولو اتفق البايع والمشتري في كون المبيع شيئين واختلفا في
المقبوض فقال بايعه بعد التقابض بعتك هذا مع اخر وقال المشتري لا بل بعتنيه وحده
فالقول له اي للمشتري لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البايع
يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصة الاخر والمشتري ينكره والقول قول المشتري مع يمينه

وكذا لو اتفقا في قدر المبيع واختلفا في المقبوض • ولو اشترى عبدين صفقة فقبض
احدهما ووجد بالمقبوض او بالاخر عيبا ردهما او اخذهما ولا يرد المعيب وحده لان في
اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض
كالتفريق في القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف وموكدا
لملك الرقبة الا ان ظهر العيب باحدهما بعد قبضهما فحينئذ يرد المعيب وحده لان تمام
الصفقة بالقبض وقبل القبض لا يجوز تفريقها لانه يكون بيعا بالحصة ابتداء وهو
لا يجوز وبعد القبض يجوز لانه يكون بيعا بالحصة بقاء وهو جائز كما عرف في كتب الاصول
هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما
بدون الاخر كزوجي الخف ومصراعي الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر فان
كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجد باحدهما عيبا بعد
القبض وقد الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده
• ولو وجد بعض الكيلي او الوزني معيبا بعد القبض رد كله او اخذه لان المكيل
او الموزون اذا كان من جنس واحد كان كشيء واحد وقيل هذا اذا لم يكن في وعائين
وان اي ان كان في وعائين فهو كالعبدين يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده
ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون بعد القبض لا خيار له في رد ما بقي لان الشركة
في المكيل والموزون لا يعد عيبا لان التبعيض لا يضرها وان الاستحقاق لا يمنع تمام
الصفقة لان العقد تم بالعاقد وتمامه برضى العاقد لا برضى المالك بخلاف الثوب فانه
اذا استحق بعضه خير في رد ما بقي لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده
وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل او الموزون قبل القبض فله ان يرد
ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام • ومداواة المعيب بعد رؤية العيب
وركوبه رضى بالعيب لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة
والعرض على البيع والسكنى عند خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره الملك
فيه فان الخيار هناك شرع للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلو
جعل اختيارا للاجازة لفاتت فائدة خيار الشرط واما خيار العيب فلم يشرع للاختبار و
وانما شرع للرد ليصل الى رأس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفائت فاذا تصرف
فيه تصرفا يختص بالملك جعل متمسكا بالوجود دليل الامساك والرضى ولو ركبه ليرده
او سقيه او شرى علفه ولا بد له منه فلا يكون رضى بالعيب وهذا استحسان لانه
يحتاج اليه وحده سنقادا ولا ينساق فلا يكون دليل الرضى اما اذا ركبها لحاجة نفسه و
قبل الركوب للرد لا يكون رضى كيفما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضى الا من ضرورة
• ولو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع ذلك العبد المبيع بعد قبضه
المشتري او قتل بسبب وجد عند البايع من قتل نفس او قطع طريق او ردة رده

واخذ ثمنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يرجع بنقصان ما بين كونه سارقا وغير سارق
او قاتلا وغير قاتل لان الموجود في يد البايع سبب القطع او القتل وهو لا ينافي المالية
فينفذ العقد فيه لكنه تعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب
وجد في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب
السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب ولو
تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض كما في
الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه لا بايعه على بايعه واصل الخلاف ان
القطع او القتل بسبب كان في يد البايع استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم
على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير على
بايعه ثم هو لا يرجع على بايعه لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف
تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القطع او القتل فانه لا يبطل حقه عنده
لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضى به وفيما
اذا اعتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده فانه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به و
عندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل • ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان لم يعد
العيوب وقال الشافعي لا يصح بناء على ان الابراء من الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في
الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه
ولنا ان هذه الجهالة لا تفضي الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم
فلا يكون مفسدة ويدخل في البراءة الحادث قبل القبض عند ابي يوسف خلافا لمحمد
لانه ما وجد سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه ينصرف فيه الى الحق القائم لا غير ولابي يوسف
ان غرضهم الزام العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب ولو شرط
البراءة من كل عيب لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد
بالبراءة •

باب البيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع
باصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وهو يفيد الحكم وباطل وهو غير
مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل
به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره
وهو بيع ملك الغير • بيع ما ليس بمال والبيع به باطل كالدم والميتة التي ماتت
حتف انفها والحر لان هذه الاشياء ليست بمال عند احد فيكون بيعه باطلا
سواء بيع بثمن او عرض وكذا بيع ام الولد والمدبر باطل لان استحقاق العتق قد
ثبت لام الولد بقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر المطلق
في الحال لبطلان اهلية مولاه العتق بعد موته وكذا بيع المكاتب باطل لانه استحق
يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولم يتمكن المولى من فسخه الا اذا رضي فيصح في الاظهر

و منفعتها الكتابة اقتضاء لا تقبله بخلاف المدبر وام الولد • وكذا بيع مال غير متقوم
كالخمر والخنزير بالثمن لانهما غير مال عندنا فلا يكونان محلا للبيع بالنظر الينا هذا اذا بيع
كل واحد منهما بنقد لان المقصود من البيع عين المبيع واذا جعل الخمر والخنزير مبيعا
يكون مقصودا وفيه اعزاز والشارع امرنا باهانتهما • وبيع قن ضم الى حر وذكية
ضمت الى ميتة وان بين ثمن كل لا يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح في العبد والذكية
ان بين الثمن وان فلا لانه اذا بين ثمنهما صار صفقتان فيتقدر الفساد بقدر المفسد
بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه يبيع بالحصة ابتداء وهو لا يجوز ولابي حنيفة
ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة
لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا
لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل • وصح في قن ضم الى مدبر او ضم الى قن غيره
بالحصة عند علمائنا الثلثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك
لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا
لصحة العقد في الاخر فيفسد ولنا ان بيع المدبر وام الولد جائز بقضاء القاضي و
بيع المكاتب جائز برضاه في الرواية الظاهرة فدل هذا على انهم ما دخلوا تحت الابتداء
في العقد ثم خرجوا منه لاستحقاقهم انفسهم باتصال الحرية من وجه فصار جمع
العبد مع كل منهم بمنزلة بيع عبدين استحق احدهما وكذا صح البيع في ملك ضم
الى وقف في الصحيح لان الوقف مال وهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع
لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه
وفي رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه خرج عن الملك
والتملك فصار كما لو جمع بين حر وعبد والاول هو الاصح • وبيع العرض
بالخمر وبالعكس فاسد لان المشتري العرض انما يقصد تملك العرض بالخمر و
فيه اعزاز للعرض لا للخمر حتى ذكر الخمر معتبر في تملك العرض لا في حق نفس الخمر
حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة العرض لا الخمر وكذا في بيع الخمر بالعرض اذ يعتبر
شراء العرض لا الخمر لكونه مقايضة وكذا بيعه بالخنزير • ولا يجوز بيع طير
في الهواء لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان الطير
لا يرجع وان كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن
اخذه من غير حيلة وكذا بيع سمك لم يصد او صيد والقي في حظيرة لا يوخذ منها
بلا حيلة او دخل السمك اليها بنفسه ولم يسد مدخله لما روي ان النبي عم قال لا تشتروا
السمك في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملك فلا يجوز وان صيد والقي
وامكن اخذه بلا حيلة بان سد عليه فوهة النهر او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج
صح بيعه لانه لما احتبس فيه اصطاد فصار اخذا له وملكه • ولا بيع الحمل وهو ما كان في البطن

ان التتابع عموما يجاده هتا الحبل [illegible] نهى النبي ع م عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم واحمد
وفي رواية نهى عن بيع حبل الحبلة وحبل الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل
التي نتجت رواه ابو داود ونهى النبي ع م عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع
ما في ضروعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو ابق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء
الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه احمد وابن ماجه والبزار والترمذي
ولان فيه غررا وقد نهى النبي ع م عن الغرر والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري
ما يكون والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي الحمل واللبن في الضرع
لما روينا ولما روي ان النبي ع م نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر او لبن في
ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع
ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي الى النزاع وكذا اللؤلؤ في الصدف لان فيه غررا
والصوف على ظهر الغنم لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه
بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر اطرافه ولانه يزداد فيختلط المبيع بغيره
خلافا لابي يوسف فيهما حيث يجوز بيعها عنده اما الصدف فلانه لا ينتفع به
الا بالكسر فكان يتعذر قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والجوز
في غلافه حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض ايضا واما الصوف
فلانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان
لانه لا يمكن الانتفاع به الا بعد الذبح فصار كالية اللحم فيها متعلقا بفعل
شرعي فلم يوجد قبله والحجة عليه ما روينا والتعليل في مقابلة النص مردود ولا
بيع اللحم في الشاة لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر لا يستحق عليه وضربة الغائص بخلاف الشافعي
وهو ما يخرج من الصيد او يخرجه الغائص في الماء لما روينا ولانه مجهول العقد
والصفة فلا يجوز وجذع في سقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم الا
بضرر يلزمه وان ذكر قطعه لا يفعله هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام لا يوجد
العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف
ما اذا باع بعضا معلوما من نقدة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره فلو قلع
الجذع او قطع الذراع وسلمه قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع من الفساد
ولا المزابنة وهي بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لحديث انس رض ان النبي
ع م نهى عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة والمزابنة رواه البخاري ولانه
باع مكيلا بكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين وكذا بيع العنب
بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روينا ان النبي ع م
نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي
وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وبينا وقوله ع م

الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر
والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سواء
رواه البخاري واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة
بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجب بالنص والتفاضل يحرم به وكذا
الحرمة قبل قبض البدلين فلا يجوز ان يباع جزافا ولا اذا كان احدهما مساحة كما لو كان
اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تفاوتا بيقين او
كانا موضوعين في الارض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره ان يهب رجل ثمرة
نخله من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل ساعة ولا يرضى
ان يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه قدره تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز
عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا ملكه بملكه وهو جائز بطريق
المعاوضة وانما هو مبتدأ وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض عما اعطاه ولانه
اتفق في الواقعة خمسة اوسق او دونه فظن الراوي ان الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع
عنده وسكت عن السبب كذا فسره اهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه اولى كيلا يكون
مخالفا للمشاهير وعمل الراوي ظن انه بيع والمحاقلة وهي بيع البر في سنبله بالبر
مثل كيله خرصا لنهي النبي ع م عنه ولان الجهالة في المجانسة تفضي الى الربا فلا يجوز ولا البيع
بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع اذا لمسها المشتري
او وضع عليها حجرا او نبذها اليه البائع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع
المنابذة والثالث بيع القاء الحجر وقد نهى رسول الله ع م عنها لما روينا وعن ابي سعيد
ان النبي ع م نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر
بيده بالليل او بالنهار ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الاخر
بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري ومسلم واحمد ولان
فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا فصار في المعنى كانه قال للمشتري اي ثوب
القيت عليه الحجر فقد بعتكه ولا بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا بشرط ان
ياخذ ايهما شاء فيجوز وقد بيناه انه يجوز الى ثلثة ولا بيع المرعى ولا اجارته
لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته في ارضه ما لم يحرزه لقوله ع م المسلمون شركاء
في ثلثة في الماء والكلأ والنار رواه احمد وابو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس
وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه وقال النبي ع م لا يمنع الماء و
النار والكلأ رواه ابن ماجه ومعناه ان لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب
من الابار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع الناس من الدخول في ارضه فاذا
طلب احد الماء يلزمه احد امرين اما ان يخليه فياخذ الماء بنفسه او يخرج له
هو فصار نظيرها لو وقع ثوب انسان في دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا لحم

الا عشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فاذا
كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في ارضه لعدم الملك فيه ولانه استهلاك العين
والاجارة لا تجوز في استهلاك العين المملوكة ففي غير المملوكة اولى واجيزت في الظئر والصبغ لكون
اللبن والعين تبعا وضمنا وكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه ان يستاجر الارض
لايقاف الدواب فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن او الاجرة ليحصل
به غرضهما هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها او عرق
حولها وهياها للانبات ملكه وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز
لان الشركة ثابتة بالنص فلا ينقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلاء جميع
انواع ما ترعاه المواشي رطبا كان او يابسا بخلاف الاشجار لان الكلاء اسم لما لا ساق له
والاشجار لها ساق فلا يدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه ملكها بالنبات فيها
والكماة كالكلاء وكذا لهم ان ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها ولا يمنعهم من
بغير رضى صاحبها وليس له ان ياخذ من الجمر شيئا الا برضى صاحبه • ولا النحل الا كوارات
عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد حيث يجوز بيعه عنده اذا كان محرزا لانه
حيوان منتفع به وان كان لا يؤكل كالحمار ولهما انه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به والشيء انما يصير مالا
لكونه منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارات صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي
انه لا يجوز بيعه مع العسل وان الشيء انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه
كالشرب والطريق • ولا بيع دود القز وبيضه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز في
الدود اذا كان مع القز وفي البيض عنه روايتان وعند محمد يجوز بيعهما مطلقا لابي حنيفة
ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد
ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المال كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة
اليه فصار كالاستصناع وقول محمد هو المختار للفتوى • ولا بيع الآبق لما روينا
ولانه لا يقدر على تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجته لثبوت القدرة
على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر عوده الى مولاه ولا كذلك الآبق الا ان
يبيعه ممن يزعم انه عنده فحينئذ يجوز بيعه لان النهي ورد في الآبق المطلق وهو ان
يكون ابقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق عند المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله
النهي المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا
كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه ياخذه ليرده على صاحبه لانه امانة عنده
وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لانه قبض مضمون على المشتري الا ترى ان المقبوض
على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن الثمن في المبيع مانع من وجوب القيمة بقبض الضمان
اقوى من قبض الامانة لتاكيد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض

المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة
فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ
يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا لم ياخذه لنفسه بل ليرده على
صاحبه وهذا بناء على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما شرط ومر بيانه في
اللقطة • فان باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه ابق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر
على تسليمه وان باعه ثم عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية
كبيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لانه
احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وقيل في رواية عن ابي حنيفة ينقلب
صحيحا لان المالية فيه قائمة فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز عن تسليمه فاذا عاد
الآبق قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبرون على التسليم والتسلم فصار كما لو ابق بعد البيع
• ولا لبن امرأة ولو بعد الحلب وعند ابي يوسف يصح في لبن الامة لانه يجوز ايراد
العقد عليها فكذا على جزئها ولهما انه جزء الآدمي بدليل انه تثبت به حرمة المصاهرة
يعني البعضية والآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع ولا تعامل
فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حتى يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي
لان الضدين لا يتعاقبان في موضع واحد ولا حيوة في اللبن وكونه مشروبا ضروري لاجل
الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري لاقتضاء
الشهوة وابقاء النسل فلا يدل على ان البضع مال مبتذل ولان لبن الادمية
في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وهو بيع مثله لا يجوز بخلاف لبن
البقرة ونحوها حيث جاز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة
وهو مبتذل ايضا • ولا شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له
كالخمر ويجوز الانتفاع به للخرز ضرورة لان خرز النعال والخفاف لا يتاتى الا
به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره لان الخرز يتاتى بغيره والاول
هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر اولى ثم لا حاجة الى الشراء لانه يوجد
مباح الاصل قال الفقيه ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير
الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة واما البيع فيكره
لانه لا حاجة اليه للبايع ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر
من قدر الدرهم ويفسد الماء القليل لو وقع فيه عند ابي يوسف لان الاطلاق
للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على الاصل
لا يفسده عند محمد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته • ولا شعر الادمي
ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم فلا يجوز ان يكون جزؤه مهانا قال النبي

١٥

لعن الله الواصلة والمستوصلة وإنما لعنها للانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم وعن محمد
إنما جاز الانتفاع بشعر الآدمي لاستعماله لما روي أن النبي عم حين حلق رأسه قسم شعره
بين أصحابه كانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فإنه لا يتبرك بالنجس ألا يرى أن الحجام
حين شرب دم النبي عم على قصد التبرك به نهاه أن يعود لمثله في المستقبل ولنا أن حرمة
الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال به
ورخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوائبهن ٥ ولا بيع جلود الميتة قبل الدباغ
لما روي أن النبي عم نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها رواه أبو داود وغيره ولأن
نجاسته من الرطوبات المتصلة به بأصل الخلقة فصار كلحم الميتة ويجوز بعده
أي بعد الدباغ وينتفع به لأنه طهر بالدباغ ويباع عظمها وينتفع به لأنه طاهر
بأصل الخلقة وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها طاهر ولحوم
السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز
بيعها والانتفاع بها غير الأكل لطهارتها بالذكاة إلا جلد الخنزير فإنه نجس العين
فلا يطهر بالذكاة وكذا عظم الفيل يجوز بيعه والانتفاع به عند أبي حنيفة
وأبي يوسف خلافا لمحمد فإنه لا يجوز عنده وهو كالخنزير عنده وكالسباع
عندهما ٥ ولا بيع علو سقط لأنه حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع
المال وهو ما يمكن إحرازه وقبضه والهواء لا يمكن إحرازه وإنما يصح بيعه قبل الانهدام
باعتبار البناء القائم ولم يبق وإن سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع
لهلاك المبيع قبل القبض ولا بيع المسيل ولا هبته لأن مقدار ما يشغله الماء من
الأرض يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بان حدوده جاز وصحا أي البيع والهبة
في الطريق لأنه حق المرور يتعلق برقبة الأرض ورقبة الأرض مال وهو عين فما تعلق به
كان له حكم المال ٥ ولا بيع شخص على أنه أمة فإذا هو عبد وكذا عكسه لأن الذكر
والأنثى جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فإن المقصود من العبد الاستخدام
خارج الدار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد
فصارت جنسا آخر بخلاف الذكورة من غيره جنس واحد لتقارب المقصود فإن المقصود
منه اللحم والركوب والحمل ونحو ذلك والذكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا
جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد ألا يرى أن الخل والدبس جنسان
وإن اتحد أصلهما ولو باع كبشا فإذا هو نعجة صح لما ذكرنا ويخير لفوات الوصف المرغوب
فيه كما لو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فإذا هو بخلافه ٥ ولا شراء ما باع بأقل
مما باع قبل نقد الثمن يعني لو باع شيئا وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه
بأقل من الثمن الأول لا يجوز وقال الشافعي يجوز وهو القياس لأن الملك قد تم بالقبض
فيجوز بيعه بأي قدر كان من الثمن كما إذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الأول أو بأكثر أو

بعرض أو بأقل بعد النقد ولنا ما روي عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة
فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين إني بعت غلاما من زيد بثمانمائة درهم
نسيئة وإني ابتعته منه بستمائة نقدا فقالت لها عائشة رض بئسما اشتريت إن جهاده مع
رسول الله عم قد بطل إلا أن يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل على أن هذا العقد
فاسد وهو لا يدرك بالرأي فدل على أنها قالت سماعا وقال أبو يوسف ومحمد يجوز وعن
العبد والمكاتب لأن الأملاك متباينة عادة في المملوك لأن كسبه لسيده وله في كسب
مكاتبه حق الملك وكان تصرفه كتصرفه ولأن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه
لاتصال منافع المال بينهم نظير الوكيل في البيع إذا عقد مع هؤلاء ولو اشترى ما باع
له أي باع وكيله لم يجز أيضا لأنه لما باع بإذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالأقل
وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الموكل أن يشتري العبد
بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز أما شراؤه لنفسه فلأن الوكيل
بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء البائع من وجه والثابت من
وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات وأما لغيره فلأن شراء المأمور واقع
له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشترى من وارث
مشتريه بأقل مما اشتراه به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث وكذا شراؤه
مع غيره بثمنه الأول قبل نقده ويصح في الغير بحصته يعني لو اشترى جارية
بألف مثلا ثم باعها مع أخرى بألف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم
يشترها البائع ويفسد في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشتر
بها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لأنه
ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح ولأنه بشبهة الربا
أو لأنه طارئ يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها ٥ ولا شراء
زيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه لكل ظرف مقدارا معينا أي هذا لا يصح
وإن شرط طرح مثل وزن الظرف يصح لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني
يقتضيه وهذا لأن مقتضى العقد أن يطرح منه وزن الظرف فإذا طرح خمسين رطلا
مثلا يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل إلا إذا عرف أن وزنه خمسون رطلا فيجوز
لأنه يقتضيه العقد وإن اختلفا في الظرف وقدره فالقول للمشتري لأنه
المنكر بيانه أنه لو اشترى سمنا في زق فرده المشتري الزق وهو عشرة أرطال فقال
البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة أرطال لأنه إن اعتبر اختلافا في الزق فالقول
قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع وإن اعتبر اختلافا في السمن فهو
في الحقيقة اختلاف في مقدار السمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة ولا
يتحالفان وإن كان الاختلاف في الثمن لأن الاختلاف في الثمن يثبت تبعا لاختلافهما

في الطرف والاختلاف في الطرف لا يوجب التحالف لأنه ليس بمقصود بالعقد ولأن المعقود
عليه أصل وكذا فيما ثبت تبعا له إذ البيع لا يقابله الأصل ولأن التحالف ورد على خلاف
القياس فيما إذا كان الاختلاف في موجب العقد وهذا ليس منه لأن كل واحد منهما
يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الأجل ليس في معناه فلا يلحق به •
ولو أمر مسلم ذميا ببيع خمر أو شرائها صح عند أبي حنيفة خلافا لهما وكذا المحرم
غيره ببيع صيده لهما أن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا
التصرف فكذا وكيله ولأن ما يثبت له ينتقل إليه فصار كأنه باشره بنفسه ولأنه بين
الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري
ألا ترى أنه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد
ولأبي حنيفة أن الوكيل أصل في العقد والموكل أجنبي في حكم التصرف ألا ترى أنه يملك الخمر والخنزير
بالإرث بأن كان الذمي قد أسلم ثم مات قبل أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون
وكذا إذا تخمر عصيره يبقى على ملكه ثم يتصدق بثمن الخمر إن باعها الوكيل لأنه تمكن الخبث فيه
لقوله عم إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وفي التوكيل بشراء الخمر
يخللها حكما فيحللها لأنه منع عن الانتفاع بعينها فلأن يتصرف فيها على وجه
يتوصل به إلى الانتفاع بها كما إذا تخللت أو تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفعه إلى
الوكيل لانتقال الملك إليه من جهته حكما فأشبه الجواب وإن كان ضامنا بسببه
• ولو اشترى كافر عبدا مسلما أو مصحفا صح ويجبر على إخراجهما من ملكه
وقال الشافعي لا يجوز ذلك لأن في جوازه إذلالهما من جهة مملوكيتهما للكافر ولهذا
لم يجز نكاح الكافر المسلمة ولنا أن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فيجوز
انعقاده ولكن يجبر على الإخراج دفعا للذل المذكور كالمحرم إذا أخذ صيدا يملكه ويؤمر
بإرساله • والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط الملك للمشتري أو شرط فيه الملائم للعقد
كالرهن والكفالة جاز لأنهما للتوثيق والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لأن استيفاء
الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له إن كان معلوما بأن كان الرهن والكفالة معينين أو
شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل أو شرط فيه ما جرى التعامل فيه بين الناس
كشراء النعل على أن يحذوها البائع ويشركها أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لأهل
الاستحقاق وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والأجنبي
لا يفسد البيع لورود الشرع فيه أو للتعامل لكونه ملائما • وكذا البيع صحيح بشرط لا يقتضيه
العقد ولا نفع فيه لأحد كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة ولا يهبه ولا يلبس الثوب
ولا يركب الدابة ولا يأكل الطعام ولا يطأ الجارية أو على أن يقرض أجنبيا دراهم ونحو
ذلك فإنه يجوز البيع ويبطل الشرط لأنه لا يستحقه أحد فيلغو لخلوه عن الفائدة
ولو باع بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد العاقدين أو للمبيع يستحق فهو فاسد

كبيع عبد على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها
لنهي النبي عم عن بيع وشرط • فلو أعتقه المشتري عاد البيع صحيحا عند أبي حنيفة
فيلزمه الثمن وعندهما لا يعود فيلزمه القيمة لأن شرط الإعتاق مفسد فيتحقق
يتعين الفساد لا يرتفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما إذا أتلفه بوجه آخر
وجه الاستحسان أن اشتراط الإعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد لما بيناه ولكن من
حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر فلم يجز صورة الشرط قلنا
يفسد فإذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملاءمة وهو لأنها ما كان الحال قبله
موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا لأنهما ليسا منهيين للملك وكذا
إذا أتلفه بوجه آخر • وكشرط أن يستخدمه البائع شهرا أو يسكنها أو لا يسلمه إلى رأس
الشهر أو يقرضه المشتري درهما أو يهدي له هدية أو يقطع البائع الثوب ويخيطه
قباء أو قميصا أو يحذو النعل ويشركه لأن هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه
منفعة لأحدهما فيفسد ولأنه إن كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو
إجارة مشروطة في بيع وإن لم يكن بمقابلته شيء فهو إعارة مشروطة فيه وقد
نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة ولأن الأجل يختص بالديون لأنه شرع للترفيه حتى
يتمكن من التحصيل به دون الأعيان لأنها حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها
إلى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا • ويجوز في النعل استحسانا وقال زفر لا يجوز
لأن فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه ومثله يترك
القياس وبهذا أجزنا الاستصناع واستئجار الصباغ والظئر وإن كانت إجارة على
استهلاك الأعيان • ولا يجوز بيع أمة إلا حملها لأن ما لا يجوز إفراده بالعقد لا يصح
استثناؤه منه والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناؤه لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطا
فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب
في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والإجارة والكتابة والرهن لأن هذه
العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد
من الشروط التي يتعوض به العقد حتى لو كاتبه بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد
وله أن يخرج لأن الكتابة تشبه البيع من حيث أن العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح
من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جائز
والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا
يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للأم في هذه العقود يصير هو
حيث صادفته وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية
لإنسان إلا حملها صح وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لأن الوصية أخت الميراث والميراث
يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده صح

• ولا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم
العاقدان ذلك لانها مجهولة فيفضي الى المنازعة • ولا البيع الى الحصاد والدياس
والقطاف والجذاذ وقدوم الحاج لانها تتقدم وتتأخر فتكون مجهولة وهذا لان
هذه الاشياء افعال العباد فتثبت بحسب ما يبدو لهم والاجال شرعت الاوقات قال الله
تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا
الى الجذاذ وهو بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد بفتح
الحاء وكسرها قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى واتوا حقه يوم حصاده والقطاف
قطع العنب من الكرم والدياس ان يوطأ الطعام بالدواب • وتصح الكفالة الى
هذه الاوقات لان هذه جهالة يسيرة وهي محتملة في الكفالة لكونها تبرعا
فيجري التسامح فيها بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة
والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن دفعها باضافتها الى الكفالة بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة
الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا من غير ان يقابله شيء
وفي النذر يتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهو معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه
ولا يتحمل الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين لان مدار الجهالة
في الكفالة يتحمل في اصل الدين حتى لو كفل بما كان له على فلان صح فبالوصف وهو الاجل اولى بخلاف
البيع حيث لا يصح بثمن مجهول اصلا وكذا في وصفه فان اسقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع
الى هذه الاجال ثم اسقط المشتري الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقدوم
الحاج جاز البيع وكذا لو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لان تاجيل الدين
والجهالة في تاجيل الدين محتملة لخلو العقد من المفسد بخلاف ما اذا كانت الجهالة في العقد
لانها مقارنة له فيفسد • ومن باع نصيبه من دار يجوز ان علم المتعاقدان عند
ابي حنيفة خلافا لابي يوسف لانه مجهول ويكفي علم المشتري عند محمد لان الضرر
جهالة نشات من جهة المشتري وهو الذي يصل له المبيع فيشترط علمه
دون غيره **فصل** قبض المشتري المبيع بيعا باطلا باذن مالكه لا يملكه وهو امانة
في يده عند البعض ومضمون عند البعض قيل الاول قول الامام والثاني قولهما
اخذا من الاختلاف فيما لو بيع مدبر وام ولد فمات في يد مشتريه حيث لا يضمن عنده
خلافا لهما • ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه صريحا او دلالة كقبضه في
مجلس عقده وكل من عوضيه مال ملكه ولزمه بهلاكه مثله حقيقة او معنى كالقيمة
في القيمي معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البايع وفي العقد
عوضان وكل واحد منهما مال فذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع
الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض باذن
البايع لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من اذن صريح بعد

الاختيار وقبضه في المجلس يكفي بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده ان يملك
المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فان
الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده هو التمليك يحصل بدونه
بلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم ينقض البايع الثمن او قبضه وهو مما لا يملك بالقبض
كالخمر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج
فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما
مال لانه يتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لتخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع
نفي الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا قوله ملكه اي المبيع بقيمته
يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم تلفه لانه به يتقرر عليه
اذا كان المبيع من ذوات القيم فاذا كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو اعدل لكونه مثله
له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال
مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البايع عليه
استدلالا بما قال محمد انما جاز بيعه لان البايع سلطه على ذلك وقالا ايضا من اشترى دارا
شراء فاسدا فلا شفعة فيها ولو ملكها الشفيع لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية
شراء فاسدا لا يحل له وطؤها ويجب عليه العقر اذا فسخ للفساد وردها الى البايع ولو ملكها
لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة يحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر لو رجع
الواهب فيها وكذا لو ربح فيه لا يطيب له الربح ولو ملكه لطاب وكذا لا يحل له اكل طعام
اشتراه شراء فاسدا فلو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح ان الاب او وصيه لو
باع عبد الصغير بيعا فاسدا اذا اعتقه المشتري ينفذ عتقه ولو كان للمولى حل ولو
لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا
لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشتري بالشفعة ولو لم
يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على البايع يجب عليه
الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب واما عدم حل التصرفات من الوطء والاكل
وعدم الشفعة فلان في الاشتغال بالوطء ونحوه اعراضا عن الرد وهو واجب شرعا
وفي قضاء القاضي بالشفعة تاكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد من التسليط
لا يدل على انه لا يملكه اذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البايع بسبب تمليكه اياه
وقال الشافعي لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور لكونه
منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المارب وسيلة
الى تحصيل المطالب فلا ينال بالمحظور بانه مشروع ولان النهي يقتضي كونه
لان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان
النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا لا ربح له

لا يفيده قبل القبض وبه يزداد الحرمة والفساد فلا يثبت له الملك فيه فصار
كالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال
وفيه الكلام والنهي عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي
عن الافعال الحسية لان النهي يقتضي التصور وتصور الافعال الشرعية بالشرع
فلو لم يكن مشروعا لم يكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقة النهي نص في المكلف
المنع مع قيام المنهي عنه وهو المجبر على اصالته فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع
فصار مشروعا ضرورة صحة النهي والافعال الحسية متصورة بذاتها فلا
ضرورة الى جعلها مشروعة بخلاف النفي فانه تصرف في المحال بازالته من غير تعرض
للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الاخر وتحقيق هذا ان النهي
عن العقود الشرعية لا يخرجها من ان تكون مشروعة واعلم بمباشرتها ويحصل الحكم
بذلك السبب مع بقائه سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عند اذان
الجمعة فانه مشروع على اصالته مفيد لحكمه غير انه محظور ولكل اي على كل واحد منهما فسخه
دفعا للفساد واجب عليهما ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ بعلم صاحبه لان البيع
الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد
منهما بسبيل من فسخه من غير رضى الاخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ
له فلا يلزمه بدون علمه وبعده اي بعد القبض ما دام في ملك المشتري لانه ان كان
الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وان كان الفساد لشرط زائد فيه
منفعة لاحد المتعاقدين كشرط ان يهدى له هدية فكذا لكل منهما فسخه
قبل القبض واما بعده فالفسخ لمن له الشرط لا من عليه وهذا قول محمد لان منفعة
الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه غير لازم
النقض لقدرته عليه فلو فسخ الاخر يبطل حقه وقالا لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض
حقا للشرع فانتفى اللزوم عند العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف والكلام
على التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه في الكل وعند ابي يوسف لا يشترط علمه ولا ياخذه
البائع حتى يرد ثمنه يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى
يرد البائع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب منه
المبيع فان مات البائع فالمشتري احق به حتى ياخذ ثمنه لانه يقدم عليه حال حياته فكذا
يقدم على غرمائه بعد وفاته وعلى هذا ارباب الديون والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة
فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او اقرض قرضا فاسدا واخذ به رهنا له
ان يحبس المستاجر والرهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لانها
معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فان مات الموجر او الراهن او المستقرض فهو احق

بما في يده من المقبوض من سائر الغرماء ولو اشترى من مديونه عبدا بدين سابق له عليه
شراء فاسدا وقبض العبد باذن البائع فاراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري
ان يحبس العبد لاستيفاء ماله من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق
عليها وحبس المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل ايفاء
الاجرة وليس للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين
سابق عليه وطاب للبائع ربح ثمنه بعد التقابض لا للمشتري ربح مبيعه فيتصدق به
اي لو اشترى شيئا يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد
منهما طاب للبائع ما ربح من الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد يتعلق بما
يتعين ويكون الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يكن
الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث لعدم
الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين
عند ابي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من
حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة
شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا يعتبر فصار في الحاصل ان الاموال
نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده
وقد ذكرنا حكمهما فتامله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد ام لا
قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار
كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو رواية ابي سليمان والثاني رواية
ابي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب كما طاب ربح مال
ادعاه على اخر فقضى ثم تصادقا على عدمه فوجه بعد ما ربح فيه المدعي لان الخبث لفساد
الملك هنا لان الدين وجب بتسميته ثم استحق بالتصادق انه لا دين عليه
وبدل المستحق مملوك الا ترى انه لو باع عبدا بجارية فاعتقها المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل
العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم وكذا لو حلف لا يفارق
غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق
العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان الدين ملكه ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق
فلا يحنث الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو سبب خبيث لكونه مملوكا بملك الغير
لا يعمل فيما لا يتعين فان باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا صح لانه ملكه فيملك التصرف
فيه وكذا لو اعتقه او وهبه وسلمه وسقط حق الفسخ وعليه قيمته اي ان تصرف فيه هذه
التصرفات ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فنفذ تصرفاته كلها
وينقطع به حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ او لا يقبله الا الاجارة
والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ

بالاعتاق وفساد الشراء عذر في فسخه والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على
البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات تقطع حق الاسترداد لانه
تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقدم
حق العبد لحاجته وغنا الله تعالى بخلاف حق الشفعة حيث ينقض فيه تصرف
المشتري لانه حق العبد فكانت اولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فتجب
قيمته والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون وصفه
فكان الثاني اولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها فكانت اولى
ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البائع فلا ينقض بخلاف الشفيع حيث
ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان
الا انه اذا عجز المكاتب او فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال المانع وكذا لو رجع في الهبة
عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه في
الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى
ملك المشتري بما يكون فسخا قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده
لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضي فلا ينقض قضاؤه
بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا ابق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة ويتعلق
حق الوارث به لا يمنع الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم عين ما كان
للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له ٥
ولو بنى في دار اشتراها فاسدا او غرس ينقطع حق الاسترداد فعليه قيمتها
عند ابي حنيفة وقالا لا ينقطع حق الاسترداد فينقض البناء والغرس ويرد
لهما ان حق البائع في الاسترداد اقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في
الاخذ بالشفعة الى القضاء ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع
ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل البناء والغرس فهذا اولى وله ان البناء
والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد
كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط بيع المشتري و
هبته فكذا بناؤه وشك ابو يوسف في رواية محمد عن الامام لزوم قيمتها ولم يشك محمد
يعني قال ابو يوسف لمحمد ما رويت لك عن ابي حنيفة بنقض البناء وقال محمد رويت لك
باخذ القيمة لكن نسيت وشك ابو يوسف في الرواية ومحمد لم يرجع وحمله على النسيان
٥ وكره النجش بفتحتين ويروى بالسكون ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو لا يريد
شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه والسوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن لما روي ان ابن
عمر رض ان النبي عم نهى عن النجش وروي ان النبي م نهى ان يبيع حاضر لباد وان تناجشوا
رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال عم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم على سوم اخيه

وقال لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه رواه مسلم والبخاري والمراد
بالبيع الشراء وروى احمد عن ابن عمر ان النبي م قال لا يبع احدكم ولا يخطب على خطبة
اخيه الا ان يأذن له وروى النسائي انه عم قال لا يبع احدكم على بيع اخيه حتى يبتاع
او يذر وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما اذا
طلبها بدون ثمنها فلا باس بان يزيد الى ان يبلغ قيمتها وكذا النهي عن الخطبة محمول
على ما بعد الاتفاق والتراضي وتلقي الجلب وهو ان يتلقى واحد من اهل المصر
الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن المضر باهل البلد بان كانوا في
قحط لقول ابن مسعود ان النبي م نهى عن تلقي البيوع رواه البخاري ومسلم وان كان
لا يضرهم فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين وبيع الحاضر للبادي طمعا في
غلاء الثمن زمن القحط لما روي عن ابن عباس انه قال قال النبي م لا تلقوا الركبان
ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون
له سمسارا رواه مسلم والبخاري وهو ان يجلب البادي السلعة فياخذها الحاضر
ليبيعها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب والبيع عند اذان
الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع والمراد فيه الاذان بعد الواجب على بعض الوجوه و
هو السعي بان قعدا للبيع او وقفا له واما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به
والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار لا يكره
بيع من يزيد لما روى انس ان النبي عم باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه احمد
والترمذي وصح البيع في الجميع لان النهي ليس لمعنى في العقد وشرائطه بل لمعنى
خارج مجاور ٥ ومن ملك مملوكين صغيرين او كبيرا وصغيرا احدهما ذو رحم محرم من الاخر
كره له التفريق بينهما بدون حق مستحق لقوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله
بينه وبين احبته يوم القيامة رواه احمد والترمذي وعن علي رض انه قال امرني النبي عم
ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارتجعهما
ولا تبعهما الا جميعا رواه احمد وعن ابي موسى انه قال لعن رسول الله عم من فرق بين
الوالد وولده وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجه والدارقطني ولان الصغير يستانس بالصغير
والكبير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من
قرب القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه وقد قال النبي عم من
لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع
احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير
فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا لانه يتضرر
بالتزامه الفداء لو كان الجناية او القيمة للغرماء او العيب من غير اختياره وكذا لا باس
بالتفريق اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير والاستيلاد او الكتابة ولان بحق

احدهما ولو كان فيه تفريق لانه انفع له من ابقائه على الرق لان الحر يقدر ان يدور
معه حيث دار ولو كان الولد مسلما وامه كافرة مال الى الاسلام اليوم وتبعه فيه ومولاهما
كافر تؤمر ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقائه في دار الكافر ويصح البيع في الكل
لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير والاضرار باهل البلاد وبالولدين لان
البيع السفر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد خلافا لابي يوسف في قرابة
الولاد حيث يفسد البيع فيه وجوز في غيره عنده في رواية ويفسد في الجميع اي
في قرابة الولادة وغيرها في الرواية الاخرى لما روينا ان النبي عم رد البيع في الولاد
وامر الرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
مضافا الى محله فينعقد والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع
عند الاذان وكثرة ما استامه غيره والمروي محمول على الاقالة او على بيع الاخ
ممن باع منه احدهما ثالثا كالكبيرين او زوجين فلا باس بالتفريق لان النص ورد
على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان
الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه ذكر سلمة بن الاكوع
انهم اصابوا من فزاره سبيا وفيهم امرأة معها بنت لها فنفلها ابو بكر ابنتها وكان عليهم
اميرا فلما قدموا المدينة قال له النبي عم يا سلمة هب لي المرأة فذكر انه اعجبته ولم
يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها النبي عم الى اهل مكة وفي ايديهم
اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المرأة رواه احمد ومسلم وفرق رسول الله عم بين مارية
وسيرين وكانتا امتين اختين ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادعت انه ابنها ثبت
منها لانها تحمل النسب على الغير ولا نفرق بينهما ويجيء لان قول الواحد مقبول في الديانات
لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة الصدق ولو كان في ملكه صبي و
اشترى امه بشرط الخيار له ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانهما لم تجتمعا
في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلم يمنع

باب الاقالة

وهي مشروعة مندوب اليها لقوله عم من اقال نادما بيعته
اقال الله عثرته يوم القيامة وهي لغة الاسقاط والرفع وشرعا رفع البيع
تصح بلفظين احدهما مستقبل وفي شرح القدوري الاقالة تثبت بلفظين
احدهما يعبر به عن الماضي والاخر عن المستقبل كقول الرجل اقلني ويقول
صاحبه اقلت خلافا لمحمد هو كالبيع عنده لا يصح الا بلفظين يعبر بهما عن
الماضي والمختار قول محمد وتتوقف على القبول في المجلس كالبيع وكما يصح قبولها
في مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فورا
مقالة المشتري وهي بيع جديد في حق غير العاقدين اجماعا تظهر فائدته في
خمس مسائل احديها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا تقضي

له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه فكانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري
المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع فاراد ان يرده على البائع ليس
له ذلك لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه
ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه من نقد ثمنه
باقل من الثمن الاول جاز وهذه حيلة في جواز شراء ما باع باقل مما باع فكان في حق البائع
كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له
ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب كالمشتري
منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعدما حال عليه الحول فوجد
به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه الزكاة لانه
بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وفي حقهما فسخ بعد
القبض فسخ تظهر فائدته في خمس مسائل ايضا احديها انه يجب على البائع رد الثمن
الاول وما سمياه خلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد البائع المبيع حتى باعه
منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري
لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة
قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لانفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع
قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن
ثم تقايلا فاسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه ولو كان بيعا لما صح
قبضه من غير ان يعيد الكيل او الوزن فان تعذر جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد
القبض او هلك المبيع في غير المقايضة بطلت الاقالة وبقي البيع على حاله لتعذر الفسخ
اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولتصور
الفسخ بعد هلاك المبيع فيبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وذلك عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف الاقالة بيع فان تعذر جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول او
كانت بعد هلاك احد العوضين في المقايضة ففسخ فان تعذر جعلها بيعا ولا فسخا
بان كانت قبل القبض في المنقول بالاكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس اخر او بعد
هلاك السلعة في غير المقايضة بطلت الاقالة وبقي البيع الاول على حاله لان بيع
المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وحده سميا خلافه وعند محمد الاقالة
فسخ فان تعذر جعلها فسخا بان تقايلا بالاكثر من الثمن الاول او بغير جنسه او ولدت المبيعة
بعد القبض فبيع جديد فان تعذر جعلها بيعا او فسخا بان كانت قبل القبض بالاكثر من
الثمن الاول او بجنس اخر بطلت الاقالة وبقي البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على
خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول

لانه سكوته عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض
تحمله لان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني في عثرتي فيعمل بمقتضاه
واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما
عليه وقال ابو يوسف انها عقد بيع من الجانبين بعوض بالتراضي وهو البيع والعبرة
للمعاني دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة
ولهذا تبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب وتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه
احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او محتمله ولابي حنيفة
انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يعمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد
اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا
له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا بكونه بيعا في
حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة
فيحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه ٥ والاقالة قبل القبض فسخ في
النقلي وغيره عند ابي حنيفة ومحمد لتعذر البيع وعند ابي يوسف في النقلي
فسخ ايضا وفي العقار بيع لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده
٥ ويجوز الاقالة بمثل الثمن الاول فلو شرط فيها الاكثر من الثمن الاول او خلاف
الجنس او اجل البايع في رد المشتري الثمن بطل الشرط ولزم الثمن الاول عنده
او بعينه الا ان حدث بالمبيع عيب فيجوز الاقالة باقل من الثمن الاول لان نقصان
الثمن يكون لاجل الفائت بالعيب وعندهما يصح الشرط لو بعد القبض فيكون في شرط
الزيادة بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد يجعل بيعا لو كان زاد
زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده
وعند محمد هي فسخ بالثمن الاول لانه سكوته عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل
والاقالة يكون فسخا وهذا اولى وان شرط اقل من الثمن الاول من غير تعيب لزم الاول
ايضا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجعل بيعا ويصح الشرط على البناء وان تعيب
صح الشرط اتفاقا ولا تصح الاقالة بعد ولادة المبيعة عند ابي حنيفة لان الولد مانع
من الفسخ خلافا لهما حيث لا يبطل عندهما لانه يكون بيعا ولا تمنعها اي الاقالة هلاك
الثمن بل يمنعها هلاك المبيع لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد
والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع
من صحتها لان الثمن ليس بمحل العقد فلا يشترط قيامه وهلاك بعضه يمنع بقدره
اي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر
بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلك احدهما يمنع صحة الاقالة في الباقي
لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله

باب المرابحة والتولية المرابحة بيع ما شراه بما شراه به وزيادة والتولية بيعه
به بلا زيادة ولا نقص والوضيعة بيعه بانقص منه ولا يصح ذلك اي كل واحد من المرابحة
والتولية والوضيعة ما لم يكن الثمن الاول مثليا اذ لو لم يكن كذلك لا يعرف كون المبيع
بمثل الثمن الاول او بالزائد عليه او بالناقص عنه او في ملكه من يوجد الشرع كما اذا اشترى
عبدا بثوب فاراد ان يبيعه مرابحة عليه لابد ان يكون ذلك الثوب مملوكا للمشتري حتى
يبيع به وبزيادة ربح معلوم عليه اذ لو لم يكن كذلك يقع عقد المرابحة على قيمة ذلك الثوب
وهي مجهولة فيفسد وكان الربح مثليا معلوما لانه لو باع بالثوب المملوك للمشتري و
بعشر قيمته لا يجوز لان الربح يكون مجهولا ٥ ويجوز ان يضم الى راس المال اجرة القصار و
الصبغ بفتح الصاد مصدر وبكسرها ما يصبغ به والطراز والفتل والحمل وسوق الغنم
والسمسار لان العرف جرى بالحاق هذه الاشياء براس المال وهو المعتبر ولهذا لا
يعد ذلك خيانة اذا لم يبينه والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به
هو الاصل وما ذكره بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد في العين
والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له ان يضيف
اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البئر وكري الانهار والقناة والمسناة
والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيئا من ذلك بيده لا
يضمه لكن يقول قام علي بكذا لا اشتريته تحرزا عن الكذب ولا يضم نفقته ولا اجرة
الراعي والطبيب والمعلم وبيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس المال ولا يضم جعل
البني ويضم اجرة من يذبح الحيوان ويسلخه ولا يضم اجرة الرائض والبيطار والحجام
وجعل الابق واجرة الختان والفداء في الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشياء
الى راس المال والذي يوخذ في الطريق بالظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه
بينهم بالضم ٥ فان ظهر للمشتري خيانة من البايع في المرابحة بالبينة او باقراره
او بنكوله خير المشتري في اخذه المبيع بكل ثمنه او تركه وفي التولية يحط من
ثمنه قدر الخيانة وهو القياس في الوضيعة اي اذا كان خيانة تبين الوضيعة
اما اذا كانت خيانة توجد الوضيعة معها فهو بالخيار وعند ابي يوسف يحط
فيهما قدر الخيانة مع حصتها من الربح في المرابحة مثلا اذا اشترى هذا
الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر فظهر ان البايع قد اشتراه بثمانية يحط
قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح ما قابلهما وهو درهم
واحد فياخذ الثوب باثني عشر درهما ولو ظهر ان الاجل بان لم يبين انه اشتراه
نسيئة او بين وظهر في قدر الاجل فللمشتري الخيار لان الموجل ينقص في المالية
وعند محمد يخير فيهما لان الاصل ما هو المذكور في العقد لكونه معلوما والثمن الاول

غير معلوم فذكر المرابحة والتولية يجاً على الترويج فيجري مجرى الوصف فاذا ظهرت
الخيانة فيهما تخير المشتري لفوات الوصف المرغوب فيه في الثمن كالوفاة في المبيع ولابي
يوسف ان الاصل فيه هو لفظ المرابحة والتولية وذكر الثمن في العقد يجري مجرى التفسير
له فيعتبر من بناء العقد الثاني على الاول فيحط قدر الخيانة ليكون الثمن الثاني
كالاول ولابي حنيفة ان الحط لو لم يوجد في التولية لا يكون تولية لانه زائد على
الثمن الاول فيصير مرابحة لا تولية واما في المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة غاية الامر انه
يكون اكثر مما ظنه فيثبت له الخيار لفوات الرضى فلو هلك المبيع عند ظهور الخيانة
في المرابحة قبل الرد او امتنع الفسخ بسبب عيب او زيادة في المبيع سقط الخيار
ولزمه كل الثمن تماما لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط
بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه
سقط ما يقابله من الثمن ٥ ومن اشترى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه
ثانيا بعشرة يرابح على خمسة وان شاء ثانيا لا يرابح عند ابي حنيفة وعندهما يرابح
على الثمن الاخير مطلقا لان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد
الثاني ثابتة لانه تاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة
فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد
حصل بغيره ٥ وان اشترى ماذون له مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر او
بالعكس بان اشترى المولى بعشرة ثم باعه من عبده الماذون له المديون بخمسة عشر
يرابح العبد في الصورة الاولى والمولى في الثانية على عشرة لان العقد الذي
جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين في حق المولى والتصرف في حق العبد
به شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق
المرابحة لابتنائها على الامانة فيبقى الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد اشتراه
للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول
لان الزيادة عليه دائرة بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له وهذا لان
المرابحة بيع امانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فيتنزه عن كل تهمة وشبهة
خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل احد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه
ولا يصير خارجا هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز
لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد لانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز
مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع و
ذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب وهذه كالعبد الماذون

في هذه المسئلة لوجود التهمة بينهما ٥ والمضارب بالنصف لو اشترى بعشرة وباع من رب
المال بخمسة عشر يرابح على اثني عشر ونصف اي لو كان مع عامل هذا العمل مضاربا
بان كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب
المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان
ونصف سالم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فبقي اثنى عشر ونصف خارجة
عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بايعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب
من الربح دفع اليه رب المال على انه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثني
عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقد نفرض جواز هذا البيع من رب المال
لانه بيع ماله بماله قلنا استفيد لكل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف
وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك
الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك
اليد فعلم بذلك ان البيع بيع الفائدة لا الملك عيانا وقد وجدت الفائدة
هنا اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه
منه بالشراء ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب يتعلق له به حق ولهذا يحرم على
رب المال وطي الجارية التي اشتراها المضارب وان لم يكن فيها ربح وكذا لا يملك نهيه
عن بيع العروض والطعام لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه
في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح ٥ ويرابح بلا
بيان لو اعورت المبيعة او وطئت وهي ثيب او اصاب الثوب قرض فار او حرق نار
لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شيء من
الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء
من الثمن غير ان المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا منافع البضع لا
يقابلها الثمن اذ لم ينقصها الوطي ومعنى اداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا
نوى جميع ما يقابله الثمن وعن ابي يوسف في التعيب انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا
حصل بفعله وهو قول الشافعي وذكر الفقيه ابو الليث وقول زفر جيد وبه ناخذ
كذا في غاية البيان على اختلاف تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار ان المشتري
لو علم انه اشتراه غير معيب ولم يرض به بذلك بعد ما حدث العيب والشافعي يوجب
البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين ان يحصل
بفعله او بآفة سماوية قال الزيلعي ما يقابله الثمن كله قائم فلا يلتفت الى ما لا
يقابله الثمن الا ترى انه لو توسخ الثوب لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا نقص
بتغير السعر في قول رهنتا وذكر محمد فقال هذا كله اذا انتقصه العيب شيئا يسيرا
وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة ٥ وان فقئت عينها

او وطيت وهي بكر او تكسر الثوب من طيه وتنشره لزمه البيان اذا باعه مرابحة سواء كان ذلك بفعله او بفعل غيره ووطي البكر تعييب لان العذرة جزء من العين فالدنيا تعييب لها فيقابلها الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقا عينه نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بافة سماوية فجاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لانه فعله في نفسه هدر فلا تعتبر ثم اعلم ان المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان اي من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس العيب فلا بد منه من ان يعاين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عم من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع لا يحل له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بيناه من المعنى ٥ وان اشترى بنسيئة ورابح بلا بيان خير المشتري لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبه بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة وكذا في التولية لانه لو علم ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول قال المصنف اي المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه كل الثمن حالا لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما هو ترغيب فيزاد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك فيبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط والرؤية وكذا اي مثل المرابحة التولية فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك او الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد قال الفقيه ابو جعفر المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل ويرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد متعارف بينهم انه يؤخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وان ساعده البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا له ان يرده على بايعه بحكم الغبن فلابو علي النسفي فيه روايتان

عن اصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر خلافه له الرد بحكم انه غره فان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيفما كان والصحيح المفتى به الرد ان غره والا فلا ٥ ولو اشترى ثوبين صفقة كل بخمسة اي لو اشترى كل ثوب منهما بخمسة بعقد واحد كره له اي للمشتري بيع احدهما مرابحة بخمسة بلا بيان انه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لان الجيد قد يضم الى الردي للترويج فيجب ممكن التهمة وقالا لا يكره لان ثمن كل معلوم ولان اعتبار الجودة والرداءة مع تعيين الثمن وجد بينة فيد بقوله لان المشتري لو كان مما يكال او يوزن او يعد يجوز اتفاقا وقيد بصفقة لانه لو كان بصفقتين يجوز اتفاقا وقيد بكل بخمسة لانه لو لم يسم لكل واحد ثمنا لا يجوز اتفاقا ٥ ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره اي قدر ما قام عليه فسد البيع لجهالة الثمن وان علم المشتري قدره في المجلس صح البيع لان الفساد قبل تقرره وخير المشتري ان شاء قبل وان شاء رد لان الرضى لم يتم قبله لعدم العلم فتخير كما في خيار الرؤية

فصل

لا يصح بيع المنقول قبل قبضه لقوله عم اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ان كان المشتري الاول ينفسخ العقد فتبين انه باع ما لا يملك والغرر حرام لما بينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبائع منع المبيع منه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقف كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم ينفذ في حق البائع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير البائع لم يجز عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نائبا عن المشتري في القبض فيصير قبضه للموهوب قبضا له اولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا يجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيه بهلاك العين المستاجرة ولا يجوز بيع جزء العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لانه تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه الا يرى انه لو زوج الامة الابقة جاز وان تمكن الغرر فيه فانه لا يدري احية هي ام ميتة ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول ولو قبل الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لي ديني واقلني عثرتي بمعناه في البيع ويصح في العقار

قبل قبضه عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد حيث لا يجوز عنده لقوله عم اذا اشتريت
شيا فلا تبعه حتى تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول
ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقرون
التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار
نادر ولا عبرة بتعيينه لتصيرها البحر احكاما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض فلا يجوز بيعه
وذلك بان كان على شط البحر ونحوه وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل
القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر الفسخ بالاستحقاق
بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول به ان التصرف في الثمن قبل القبض جائز
لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما من منه والفقه فيه
ان المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما امكن وذلك فيما
يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض ۵ ومن اشترى مكيلا مكايلة لا يجوز له بيعه و
لا اكله حتى يكيله اي لو اشترى المكيل بشرط الكيل لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل
وان كان بعد القبض لقول جابر رض ان النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه
الصاعان صاع البايع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني وعن عثمان
رض انه قال كنت ابتاع التمر من نفر من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وابيعه بربح
فبلغ ذلك رسول الله عم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل رواه احمد
ولان الكيل من تمام القبض فالحاصل ان القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بيناه
فكذا اتمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع في المقادير والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له لا وجه
الكل من كيل البايع ان كان قد كاله قبل البيع ويكفي كيل البايع بعد العقد بحضرته
وقيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه يشترط فيه صاعان والاول هو الصحيح
لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمع
الصفقتان على ما نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى واذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف
لا يعتبر كيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل للمشتري وهو الشرط
ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بحضرة المشتري بعد البيع ومثله اي مثل الكيلي
الوزني والعددي وجعله المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن ابي حنيفة
واختاره الكرخي وعندهما انه كالمذروع وهو قول ابي يوسف ومحمد لانه ليس بمقدر الا ترى انه
يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع وجه الاول ان المعدود المتقارب يساوي المكيل
والموزون فيما تعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه
الف فوجده اكثر يرد الزايد وان وجده انقص سقط عنه من الثمن بحصته بخلاف الربوا لانه

مبني على المماثلة مما يوجبها وهذا بخلاف المذروع اي لا يحرم التصرف في المبيع
المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له ولهذا
يتعدد فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا او ناقصا هذا
اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه ۵
وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك و
المنع ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة فلا
يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يتقبض
عوضه مثله عينا فيكون مضمونا عليه فيجعل ذلك قصاصا وهذا التصرف فيه وانما يتصور
خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه لان
الكل معاوضة وقد روي عن ابن عمر رض انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان
الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله عم بخلاف السلم
حيث لا يجوز فيه ان ياخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع
المعين في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف
في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض او بغير عوض وكذا بعوض حتى لا يجوز ان يملكه
من غير من عليه الدين و صح للبايع الحط منه اي من الثمن و للمشتري الزيادة فيه
اي في الثمن وجاز تلك الزيادة حال قيام المبيع لا بعد هلاكه واما الحط من الثمن فيجوز
وان كان بعد هلاك المبيع وكذا الزيادة في المبيع يصح للبايع فيتعلق الاستحقاق
بكل ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالبه بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبايع ان يحبسه
حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط
وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا
بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ الا ترى ان الزيادة في المهر لا تلتحق باصل العقد
حتى تتنصف بالطلاق قبل الدخول وكذا حط المهر لا يلتحق باصل العقد بل هو بر مبتدأ فكذا
البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع
الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما
ان يبطلاه او ما باسقاط الخيار او غيره ثم باشتراطه بعد العقد بعد ان وقع
العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون
لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفا له فاذا صح التحق باصل العقد ولم يكون
لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه ودل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم
به من بعد الفريضة اي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على ان حكم الزيادة
المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد تم

الدليل على انه لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لو لم يسم في
العقد شيئا ثم اتفقا على تسمية لا ينتصف به وان كان واجبا وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة
عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا عن خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل لا صلة لانه ينقلب
هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل جهة فلا يلتحق
به لانه يؤدي الى تبديله فلا يجوز ثم فائدة الالتحاق تظهر فيما ذكره بقوله فيرابح ويولي على الكل
ان زيد وعلى ما بقي ان حط والشفيع يأخذ بالاقل في الفصلين اي في الزيادة على الثمن و
الحط عنه اما في الحط فلانه يلتحق باصل العقد واما في الزيادة فلان حقه تعلق بالثمن
الاول فلا يملكان ابطاله بابطال حقه الثابت وتظهر ايضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع
المشتري على البائع بالزيادة ولو اجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة و
يظهر ايضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد احدهما
او حط ورد المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة او الموهوب في الحط فسد العقد لانهما
عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير
هبة مبتداة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتداة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط
وقال محمد في الزيادة مثل قول ابي يوسف وفي الحط يكون هبة مبتداة وتظهر ايضا فيما اذا
زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن بالحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض
تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن
بهلاكها قبل القبض والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في حق الثبوت
ضرورة الصحة فاذا صحت زالت الضرورة وزالت التبعية وبقيت الاصالة في حق
الالتحاق باصل العقد كانها كانت موجودة وقت العقد فامكن تقدير ورود العقد
عليها فصار كان العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا واما الزيادة المتولدة فهي
معدومة وقت العقد فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل
العقد فصارت مملوكة بملك الاصل لا بالعقد فاذا قبضها صارت اصلا بالقبض لان
القبض شبيه بالعقد فيصير لها حصة من الثمن حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من
الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض وتظهر ايضا
فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ثم
الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض
عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط له صحة قيام العقد
وقال في المحيط في رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة حال ثبوتها
لم تقابل عوضا وانما تقابل بعد التحاقها باصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق
لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها فماتت فزاد البائع جارية
اخرى جاز لان هذه الزيادة ثبتت مقابلة بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز

لان الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة
في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاده في
الثمن لا يجوز لانه يتبدل بسبب الملك لارتفاع العقد الاول وصار المعقود عليه هالكا حكما وكذا لو
اعتق المبيع او كاتبه او دبره او استولد الامة او تخمر العصير او ضحى به عن ملكه ثم زاد عليه
جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها
وانما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا اما اذا كان تبعا فلا يلتحق باصل
العقد حتى لو اشترى دارا بالف جياد فنقد زيوفا او نبهرجة ورضي البائع بذلك
فان الشفيع لا يأخذه الا بالجياد وكذلك اذا اشترى دارا بعبد فاعور ورضي
البائع فان الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة في المسلم
فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة
في المسلم فيه لا ترفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا تجوز فكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة
لان الشرع ما ورد بتملك الزيادة المتولدة في المملوكة بالنكاح تبعا للمنكوحة ٥
ومن قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن كذا من الثمن سوى الالف اخذ من العبد
الالف من زيد والزيادة منه اي من الضامن وان لم يقل من الثمن فالالف على زيد لانه
ثمن العبد ولا شيء عليه اي على القائل اصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة
عندنا وتلتحق باصل العقد كان العقد ورد ابتداء على الاصل والزيادة وان اصل
الثمن لم يشرع بغير مال يقابله ولهذا لا يصح ايجابه على الاجنبي لانه لا يستفيد
بازائه مالا واما فضول الثمن فيستغني حتى تصح الزيادة من الاجنبي كما تصح من المشتري اذ لا يسلم
لها شيء بمقابلة الزيادة وصارت كبدل الخلع فانه يصح على غير المرأة اذ لا يسلم لها شيء
اذ البضع عند الخروج غير متقوم لكن من شرط الزيادة المقابلة تسمية وصورة
حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة فاذا قال من الثمن جعل المال مقابلا
بالمبيع صورة فوجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد المقابلة صورة ولا معنى
فلم يوجد شرطها فلا يصح ولا يلزم المال ابتداء ٥ وكل دين اجل الى اجل معلوم
صح تاجيله لان المطالبة حقه فله ان يؤخره الا ترى انه يملك اسقاطها بالابراء فلان
يملك اسقاطها موقتا بالتاجيل ولو اجله الى اجل مجهول الا القرض فانه لا يصح
تاجيله خلافا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز تاجيل المطالبة فيه كما في سائر
الديون ولنا ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه
من لا يملك التبرع كالصبي والمكاتب والعبد المأذون في التجارة ومعاوضة انتهاء
حتى لو رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة فان
المعير لو وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التاجيل فيه
لان الجنس بانفراده يحرم النساء سيما اذا كانت العلة وحرمة التفاضل حقيقة لا دخل
للزوم فيه لصار الشرع ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل

الا في الوصية فانه اذا اوصى بان يقرض فلان من ماله الف درهم الى سنة حيث يجوز
من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها
ما لا يتسامح في غيرها الا ترى انه يجوز الوصية بالخدمة والسكنى ويلزم
ولا يصح التاجيل الى مجهول متفاحش كهبوب الريح ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه كما في الكفالة

باب الربوا

هو في الشرع فضل مال خال عن عوض شرط لاحد المتعاقدين في معاوضة
مال بمال وفي اللغة مطلق الزيادة قال الله تعالى وما اتيتم من ربوا ليربو في اموال الناس فلا يربو
عند الله والربوا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى وحرم الربوا
واما السنة فما روى عن ابن مسعود ان النبي عم قال لعن الله اكل الربوا وموكله وشاهده
وكاتبه رواه ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال عم الذهب بالذهب والفضة بالفضة
والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد
اربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة انه
قال قال النبي عم درهم ربوا ياكله الرجل وهو يعلم اشد من ستة وثلاثين زنية رواه احمد واجمع
الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده ٥ وعلته القدر والجنس يعني بالقدر الكيل في المكيل
والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية
بانفرادها في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي
عم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد
وجه الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على انه علة اذ ترتب الحكم
على الاسم المشتق دليل على ان ماخذ الاشتقاق علة له كما في قوله تعالى والسارق و
السارقة فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما
مائة جلدة فعلة القطع والجلد السرقة والزنا ولان قوله عم فيما رواه البخاري و
مسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله لان اقترانه
بالنهي مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض والمساواة مخلص
اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته و
خطره كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل
بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الانفس به والثمنية في الاثمان لبقاء
الاموال التي هي مناط مصالح الخلق ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر
لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم
يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان العلة موثرة في
الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك
العلة الاقتيات والادخار لان النبي عم خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان
العزة والخطر بها اكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وانس ان النبي

عم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا
باس به رواه الدارقطني وجه التمسك ان النبي عم رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على
انهما علة الحكم لما عرف ان ترتب الحكم على الاسم المشتق ينبئ على علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم
فكون تقديره بالكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل والوزن مع الجنس والذي يدل عليه
حديث ابي سعيد وابي هريرة فيما رواه البخاري ان النبي عم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب
فقال اكل تمر خيبر هكذا قال انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل
بع الجميع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس
الميزان ليس من اموال الربوا وهو نص في علة القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن
والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر ان النبي عم قال
لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري
الربوا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما
فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلا او نسيئة لما بينا ان الجنس والقدر علة الربوا ولو
غير مطعوم كالجص فانه من المكيلات والحديد فانه من الموزونات وصح بيع الكيلي او
الوزني متماثلا مع التقابض ومتفاضلا غير معيار كبيع ما دون نصف صاع فان المعتبر
في قدر المكيلات نصف الصاع لا ما دونه اذ لا تقدير في الشرع بما دونه كحفنة بحفنتين
وبيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين فالبيع فيها جائز وان وجد الفضل لانتفاء القدر الشرعي
٥ فان وجد الوصفان اي الجنس والقدر حرم الفضل والنسأ لوجود علة الربوا وان
عدما اي الجنس والقدر حلا اي الفضل والنسأ لعدم العلة الموجبة للحرمة
وان وجد احدهما فقط اما الجنس دون القدر او القدر دون الجنس حل التفاضل
لا النسأ فلا يصح سلم هروي في مروي لاتحاد الجنس ولا سلم بر في شعير لوجود القدر
سواء كان مع التساوي او لا ومعنى هذا بيان عدم جواز النسيئة في الصورتين ولو بيع
خمسة اذرع من الثوب الهروي بستة اذرع من الثوب المروي يدا بيد يصح وكذا لو بيع
قفيز حنطة بقفيزي شعير يدا بيد يصح بيانا هذا وانما جاز التفاضل في الصورتين
فان احد جزئي العلة موجود هنا لا الجزء الآخر وهو الجنسية اما في النسيئة فلان
البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مع ذلك الشبهة
فلا يجوز وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لان الشبهة ادون من الحقيقة على ان الحديث
المشهور وهو قول النبي عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون
يدا بيد يويد ما قلنا ٥ وشرط التعيين والتقابض في الصرف اي في عقد وقع
على جنس الاثمان لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء والذهب بالذهب هاء وهاء
اي يدا بيد وشرط التعيين فقط في غيره من الربويات لا التقابض كالثوب و
نحوه اذا بيع بجنسه او بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف عادة

لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه التعيين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المتعين ه
بخلاف الحال والمؤجل وانما يشترط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار معنى الثمنية
وهو الثمنية لان الثمن لا يتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض الصيغة
لبقاء شبهة عدم التعين باعتبار الاصل والشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة ٥
وما نص على تحريم الربوا فيه كيلا فهو كيلي ابدا كالبر والشعير والتمر والملح او على تحريمه
وزنا فهو وزني ابدا كالذهب والفضة ولو تعورف بخلافه بان ترك الناس الكيل في
الكيلي او الوزن في الوزني فلا يتغير ذلك بعرف لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك
بالادنى وما لا نص فيه حمل على العرف كغير الستة المذكورة في الحديث لقوله عم
ما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا ولا الذهب
بالذهب متماثلا كيلا كما لا يجوز مجازفة وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على
ما هو المعيار فيه الا ان السلم يجوز في الحنطة ونحوها وزنا لوجود السلم في معلوم ه
وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد حيث لا يجوز
عنده لان الفلوس الرائجة اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا قابل الفلوس بخلاف
جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له ان يعطي غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها
وهذا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير فاذا لم يتعين
تؤدي الى الربوا او يحتمله بان ياخذ بائع الفلس الفلسين اولا فيرد احدهما قضاء بدينه ويأخذ الآخر
بغير عوض او ياخذ بائع الفلسين الفلس اولا ثم يضم اليه فلسا آخر فيردهما عليه فيصير له فلس
مع فلس آخر بغير عوض يقابله وهو ربوا فصار كما لو كانا بغير اعيانهما او احدهما بعينه والآخر
بغير عينه ولهما ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا
بابطال الثمنية فيبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا
لانه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمنيتها باصل
الخلقة فلا يبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية يتعين بالتعيين فلا يؤدي الى الربوا بخلاف ما
اذا كانا بغير اعيانهما او احدهما بغير عينه لانه يؤدي الى الربوا فان قيل اذا بطلت الثمنية
وجب ان لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون وانما صار معدودا
بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت الثمنية عاد الى اصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهم على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية
بطلان العد وكم من شيء معدود لا يكون ثمنا الا يرى ان الاواني من النحاس او نحوه غير
الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا اذا كانت في اصطلاحهم معدودة
٥ ولا يجوز بيع الكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا
ينتقض فيعود غزلا او قطنا وكذا الغزل والقطن موزونان والثوب ليس بموزون ولو
باع القطن بغزله قال محمد جاز كيفما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينتقض

فيعود قطنا وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن
غزل دقاق وقيل عمدا ظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز ان علم ان الخالص
اكثر مما في الآخر وان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن
فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلا
به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف
او بلبن يشترط ان يكون الصوف او اللبن اكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو
نظير الزيت بالزيتون على ما يجيء ٥ وكذا يجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد لا يجوز بيعه بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثر مما في الحيوان من اللحم
ليكون قدره مقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهي النبي عم عن بيع اللحم بالحيوان رواه
مالك في الموطأ ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا
كالزيت بالزيتون ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا
وهذا لان الحيوان ليس فيه مالية اللحم لانها معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة لانه حي
انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا آخر غير اللحم وهذا لان الله تعالى قال فكسونا العظام
لحما ثم انشأناه خلقا آخر اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا آخر جاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا
بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه في الحال وانما هو مستتر وانما
لا يجوز بيع احدهما بالآخر نسيئة لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم
لا لانهما جنس واحد الا يرى انه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو كان
المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم
كل واحد منهما جلدا للآخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيع
احدهما بالاخرى ٥ ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا لاتحاد الاسم
والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا تعتبر احتمال التفاضل
كما في البر بالبر وقال محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين
وان كانا غير مكبوسين او احدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة
ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق اصلا اي لا متفاضلا ولا متساويا
عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يجوز عندهما كيفما كان لانهما جنسان مختلفان
لاختلاف الاسم والمقصود الا يرى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو
اية الاختلاف وله انه لا يجوز ان يباع احدهما بالآخر نسيئة لان القدر يجمعهما
ولابي حنيفة انهما جنس واحد من وجه لانهما من اجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز ان
يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم التسوية وكذا لا يجوز بيع اصل احدهما باصل
الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا فكذا الاجزاء لا يجوز بيع احدها بالآخر
اذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من ان يكون جنسا له اصلا

احدهما بالاخر الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا يرى
ان بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع
المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس وكذا بيع الرطب
بالرطب متماثلا وكذا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا يجوز عند ابي حنيفة
خلافا لهما حيث لا يجوز عندهما لقوله عم حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم
فقال عم لا اذا فافسد البيع واشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى انه
يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار
نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن ولابي حنيفة قوله عم
في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل
على انه تمر ما روي ان النبي عم حين اهدي اليه رطب قال او كل تمر خيبر هكذا
وروي انه عم نهى عن بيع التمر حتى يزهي فقيل وما يزهي قال حتى يحمر وهو اسم له
من اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه باول الحديث وهو قوله عم
التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم ولانهما مستويان في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب جزء منه وهو الرطوبة
بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن
لا يزيد فيه شيئا وما رواه محمول على ان السائل كان وصيا في مال يتيم او وليا للصغير
فلم ير النبي عم بهذا التصرف نظرا له اذ هو مقيد بالنظر وبيع العنب بالزبيب على
هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية
بغير المقلية والفرق لابي حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية ان النص
الوارد لفظ التمر وهنا لا يتناول الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي على اصل
تعسر له واما بيع الرطب بالرطب فجائز وبيانه ان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل
لذلك وكذا لو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا وكذا بيع الحنطة رطبا
او مبلولة بمثلها او باليابس وكذا بيع التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا
عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهي
حال الجفاف ومفزعه حديث سعد الذي رويناه وابو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق
الحديث المشهور والتفاوت بينهما بصنع الله تعالى فيجوز واما المبلولة فانها اخلفت من الاصل
زيادة ماء يعيدها الى ما خلقت عليه لانها لم تتغير فصارت كالسليمة بالمسوسة وكذلك
ابو يوسف يعتبرها في الحال الا انه ترك اصله في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد رح ۵
ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا وكذا اللبن وقال الشافعي لا يجوز لانه
جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا ان اصولها اجناس مختلفة حتى لا يضم
بعضها الى بعض في الزكوة واسماؤها ايضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير

والمقصود ايضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضر البعض وينفع
غيره والمعتبر فيه الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء
اصلا وكذا لحم الابل والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا المعز مع الضان والبخت
مع العراب فلا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لكونهما جنسا واحدا حتى يضم احدهما
الى الاخر في تكميل النصاب في الزكوة فكذا اجزاؤهما ما لم تختلف المقصود كشعر المعز
وصوف الضان او لم يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل تختلف المقاصد ويجوز بيع لحم الطير
بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون
عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود
او تبدل الصنعة ۵ ويجوز بيع خل العنب بخل الدقل متفاضلا وكذا شحم البطن بالالية
او باللحم وان كانت كلها من الضان لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصورة
والمقاصد ويجوز بيع الخبز بالبر او الدقيق او السويق متفاضلا وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز بيعه بها اصلا لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار
كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا اخر
خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس وان كان احدهما
نسيئة بالاخر نسيئة يجوز اذا كانت الحنطة هي المتاخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتاخر
او السلم فيه فلا يجوز عند ابي حنيفة لانه متفاوت بالطبخ والعجن والنضج واما عندهما فقد ذكر
في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول انه لا يجوز عندهما
ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم في اللحم وبه اي بالجواز يفتى للتعامل ۵ ولا يجوز بيع الجيد
بالردي مما فيه الربوا الا متساويا لانه لا فرق بين الجيد والردي اذا تساويا عند اتحاد الجنس
لقوله عم في الاموال الربوية جيدها ورديها سواء وكذا البسر بالتمر حيث لا يجوز بيع احدهما
بالاخر الا متساويا لان البسر تمر على ما بيناه بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من
التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من اول ما ينعقد صورته لا قبله وهو عددي
متفاوت لا يجوز وهو اول ما يشق عنه النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه ۵ ولا يجوز بيع
البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة مطلقا لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه
وان اختص باسم اخر لشبهة الربوا لان احدهما بعض الاخر جزؤه او اصلها
دقيق وان ضاع اجزاؤه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والجمع بالتفرق
لم يصر جنسا اخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة يكفي لثبوت حرمة الربوا
كما في بيع السمسم مع السمسم لان المعيار فيهما الكيل وهو غير مسويهما لان البر
اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن
السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسويهما فامكن التساوي
بينهما ولا بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر

مما في الزيتون لا في السمسم لتكون الزيادة بالثجير خلافا لزفر فهو يقول ان الاصل هو الجواز والمفسد
طارئ وهو الفضل الخالي عن العوض فلا نفسد ما لم نعلم ذلك قلنا المتوهم في الربوا كالمتحقق
لانه روي الحاكم عن جابر ان النبي عم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى
من التمر رواه مسلم والنسائي وروى عن النبي عم انه نهى عن الربوا والريبة وهي شبهة الربوا
وقال ابن مسعود رض كانوا يدعون تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان النيلف رحمه الله
ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يتحقق التفاضل بينهما قلنا نقول المقصود منه دهنه
وهو موزون والحرمة باعتباره قال قيل على هذا ينبغي ان لا يجوز بيع السمسم متفاضلا كيلا
على هذا الاعتبار ولان نصرفه كالجنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتاتي في المنفصل خلقة
دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره وكل شيء لثفله قيمة اذا بيع
بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب
او تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب او الفضة اكثر مما في التراب
لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شيء حتى لو جعل فسد لربوا الفضل ٥ ولا يستقرض
الخبز اصلا لا وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة لان الاستقراض انما يكون في المثلي ولا مماثلة بين
احاده للتفاوت بين احاده ولا وزنا لانها يتفاوت بتفاوت الخبز في الطبخ ولانه
يكون مضمونا بالقيمة كالمبيع بيعا فاسدا وعند ابي يوسف يجوز استقراضه وزنا لا عددا
لان احاده تستوي بالوزن لا بالعدد وبه يفتى وعند محمد يجوز استقراضه وزنا
وعددا ايضا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع ٥ ولا ربوا بين السيد
وعبده لان العبد وما في يده ملك السيد فلا يتحقق الربوا هذا اذا لم يكن على العبد دين
مستغرق برقبته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند
ابي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعري عن الشبهة وفي المحيط وكتاب
الصرف لا ربوا بينهما وان كان عليه دين لانه لا يملك كسب عبده المديون بعوض يحل له ان يتملك
بغير شيء فيحمل اخذه بهذا الطريق الا انه اذا اخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزائد
على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربوا حتى لو اخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد
على المولى بخلاف المكاتب لانه اجنبي عن المولى لا ينظر في كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربوا بينهما
لان الكل مالهما وكذا شريكا العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز ولا ربوا بين
المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز لان المسلم التزم بالامان
ان لا يتملك مالهم الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما
اذا وقع مع المستامن منهم في دارنا ولهما قوله عم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان
مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في
ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه برضاهم فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر فملكه بحكم الاباحة
السابقة لا بتاثير الامان في عصمة التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي ثابتا بالتجارة

كما في البيع دون حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على المباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان
ماله صار محظورا بعقد الامان وكذا اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم
عند ابي حنيفة لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق والاستحقاق

يدخل العلو والكنيف في بيع الدار لان الدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحائط ويشتمل
على بيوته ومنازله وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر
وكذا الكنيف يدخل فيه من غير ذكره بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على
الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة ويدخل بئر الماء والاشجار في صحنها والبستان
فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط
لانه خارج من حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها
لا الظلة اي لا يدخل في بيع الدار الا بذكر كل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير
هو فيها او منها هذا عند ابي حنيفة وعندهما يدخل اي الظلة في بيع الدار من غير
ذكر شيء مما ذكرنا ان كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف وله
ولا بي حنيفة انها خارجة عن الحدود مبنية على ظهر الطريق فصارت كالطريق
ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث
ان قرار طرفها الاخر على شيء اخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فلا يدخل الا بذكر
الحقوق او نحوها لا فلا عملا بالشبهين ولا يدخل العلو في شراء منزل الا بذكر نحو كل
حق مما ذكرناه لان المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ تسكنه الرجل
باهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بالدار والبيت
فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر
توفيرا على الشبهين حظهما ولا يدخل العلو ايضا في شراء بيت وان ذكر كل حق لان
البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة ولا يدخل الطريق والمسيل في شراء البيت
او المنزل او الدار والشرب في شراء الارض الا بذكر نحو كل حق مما ذكرناه لان هذه
الاشياء تابعة للمبيع من وجه من حيث انه لا يقصد الانتفاع بالمبيع دون عينها
اصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون
وجه فلا يدخل في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق لانه قد يشتري المبيع فلا يكون من
الشراء للانتفاع به وقد يشتري الطريق بعدما اشترى المبيع ويدخل في الاجارة
بدون ذكر لانها تنعقد للانتفاع لا غير وهذا التعويل الاجارة فما لا يمكن الانتفاع
به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة يبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه
الاشياء عن عقد الاجارة بطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه
الاشياء فيجب دخولها فيها تصحيحا لها الا يرى انه لو استاجر الطريق من صاحب
العين لا يجوز فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء المنزل اذا كان في ملك

خاص ولا سقط الثلج فيه وهدم الحمام بعد لانه مركب بالبناء ولو اشترى دارا دخل
الجص الاسفل لانه مركب بالبناء وكذا الدرج على الاستحسان والالواح الملصقة بالبيت لان
الرحى اسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى هو المدار **فصل** البينة حجة متعدية
لانها لا تصير حجة الا بقضاء القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق
الكافة والاقرار حجة قاصرة لا تتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون
غيره فيقتصر عليه والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والطلاق والنسب لان
القاضي لا يمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الآخر فيسقطا
غير ان الحرية والطلاق والنسب مبناه على الخفاء فيعذر في التناقض لان النسب
يبتنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم اما
صورة دعوى الحرية فستجيء في قوله وان قال اشترني الخ وصورة دعوى الطلاق اختلعت زوجة
على مال ثم ادعت انه طلقها ثلثا قبل الخلع واقامت البينة على ذلك تسترد لان الزوج يستقل
بالطلاق ويخفى الحال على المرأة وصورة دعوى النسب رجل نفى نسب غلام ثم ادعى انه ابنه يقبل
لاحتمال انه كان لا يعلم انه ابنه ثم علم باخبار الغير ٥ فلو ولدت امة مبيعة فاستحقت
ببينة يتبعها ولدها ان كان في يده وقضى به ايضا وقيل يكفي القضاء بالام وان اقر بها
لرجل لا يتبعها ولدها مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وان اقر بها لرجل لا
والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا
يرجع المشتري على البائع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة
يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد انفصال
فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق
المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على انشاء الملك للحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف
الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم للمستحق ان لم يكن مالكا قبل
ذلك فكان اظهار الملك من الاصل فيستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام
لانه تبع لها فيكتفي به وقيل يشترط القضاء له وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضى القاضي
بالاصل ولم يعرف الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء وذكر في النوادر
ان الولد انما لا يتبعها في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر
انه له ٥ وان قال شخص لآخر اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا
او مكانه معلوما لا يضمن الآمر بل يرجع على البائع لا عليه وان قال لا ارتهني فلا ضمان
اصلا بخلاف ما اذا قال ارتهني فانا عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد
بحال سواء كان الراهن حاضرا او غائبا وعن ابي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول ايضا
لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كقوله الاجنبي وكذا اذا قال
اشترني فانا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان الموجب للضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا

او غائبا كالراهن بخلافه لانه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا في الامر بالشراء وذلك
لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك
هذا الطريق فانه آمن وقال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلاف
ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر ان المشتري شرع في
سلامة نفسه او سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما اقدم
على الشراء معتمدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة الغرور من جهته والغرور في المعاوضة يجعل
سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا
ظهرت حريته الاصلية واهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يواخذ هو بذلك
كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون ثم ظهر
انه حر او مستحق رجعوا عليه بقيمته على الغرور دفعا للضرر عن الغرماء فجعل المولى كانه
ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الآمر به ضامنا للسلامة
بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ولا يصير معاوضة لعقوبة
من غير ان يجعل مبادلة ٥ ومن ادعى حقا مجهولا في دار فصولح على شيء فاستحق بعضها
فلا يرجع عليه لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي وان لم يبق منها في يده شيء لا يرجع عليه
ولو استحق كلها رد كل العوض لانا تيقنا بانه اخذ عوضا عن ملك غيره فيرد وفهم منه صحة
الصلح عن المجهول لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا كان كذلك جاز وقد
ذكرنا في البيع البراءة عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودل ايضا على ان صحة الدعوى ليست
بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو اقام البينة
على هذه الصورة لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته وقال
بعض المشايخ لا يصح الصلح الا في دعوى الاقرار او دعوى المقدر من الدار لانه معاوضة
ابتداء والمعاوضة لا تجوز في المجهول وكذا التمن لا يتوجب الا بعد صحة الدعوى
قلنا انه يكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق وان قدر
بجزء معلوم بربع مثلا او نصف لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك القدر وان بقي اقل منه
رجع عليه بحسابه مما استحق منه ولو كان ادعى كلها رد حصة ما استحق لو بعضا لان
الصلح على مائة وقع على كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك
القدر فيرد بحسابه من العوض ٥ ولمن باع فضولي ملكه ان يفسخه وله ان يجيزه
بشرط بقاء العاقدين والمعقود عليه والمالك الاول من باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه
او يجيزه بشرط ان يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل
فيه ان كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا
وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا
وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء العبد والصبي المحجور عليهما

وعند الشافعي لا ينعقد تصرفات الفضولي اصلا ولا يجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلة
لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فيلغو لان
التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية والمحلية ولنا حديث عروة بن ابي الجعد البارقي
ان النبي عم اعطاه دينارا يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع احديهما
بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخاري
واحمد وابو داود وحديث حبيب ابن ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي عم بعثه يشتري له
اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله عم
فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذي وهذا رسول الله عم اجاز بيعه ولو
كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في
انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكونه مالا متقوما
وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا راى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل
له فيه منفعة حيث تسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق
اليه وفيه نفع للمتعاقدين بصون كلامهما عن الالغاء فيثبت القدرة الشرعية احرازا
لهذه المنافع على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع لا يوجد
مثل هذا التصرف النافع في حال غيبته عادة الا من صديق متفضل نصوح يرى لاخيه مثل
ما يرى لنفسه مثل ما يرى لنفسه فان قيل نهى رسول الله عم عن بيع ما ليس عند الانسان
او ما لا يملكه كالنهي عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الابق ثم باع المبيع قبل القبض او
الابق لا يجوز للنهي الوارد فيه فكذا هذا بل اولى لان الابق والمبيع قبل القبض ملكه ومع
هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولى قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل
القبض ينعقد عندنا الا انه كان فاسدا وكذا الابق في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فان
قلنا والمراد بما روي ان النبي نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيئا لا يملكه ثم
يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث كان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني
فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال
عم لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين
والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام
هذه الاشياء وكذا شرط بقاء الثمن ان كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار
كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجاز المالك فالثمن العرض ملك للفضولي واجازة المالك
اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العوض عينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف
بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه
بل تاثير اجازته في النقد لا في العقد وعليه اي على الفضولي مثل المبيع ان كان
مثليا وكذا اي ان لم يكن مثليا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه

بمال الغير مستقرضا له فيضمن للشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير
واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا الا يرى ان الرجل اذا تزوج امرأة
على عبد الغير صح ووجب عليه قيمته لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن
ضرورته ان يصير مقترضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء اولى من اعتبار جانب البيع
لانه اقوى لان الاصل النفاذ تصحيحا لتصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف
على غيره وهو خلاف الاصل والثمن غير العرض ملك للمجيز امانة في يد الفضولي بمنزلة
الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبلها لان الاجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل اجازة المالك دفعا للحقوق
عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض فلا يرجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط
في النكاح بقاء العاقد الفضولي عند الاجازة حتى لو اجاز بعد ما هلك العاقد
جاز ● وصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجيز البيع يعني لو غصب رجل عبدا
وباعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك البيع صح عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه
لم يجز بيعه وهذا عندهما خلافا لمحمد حيث لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس لانه
لم يملكه وقد قال النبي عم لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد الفضولي موقوف
على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك
يثبت بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق اذ
المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لان النبي عم ذكر الملك مطلقا والمطلق
ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان الملك
الثابت له بالضمان اقوى من ملك المشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان
ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك البيع الاول وكذا لو اعتقه المشتري والخيار
للبائع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم اجاز
المالك البيع الاول لم ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع
المكاتب والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان
نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب
فاعتقه المشتري منه ثم ادى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا
ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما
مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن
فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركة
مستغرقة بالدين فاجازت الغرماء البيع او اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالدين فقضى الدين او ابرأ الغرماء منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان
العتق من حقوق الملك والشيء اذا توقف توقف بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب

بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يملك ضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في
الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له ولا هو سبب لتجوز
عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس
بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك
فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادفه الاعتاق فلغا وهو الثالث
وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة الا يتصل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي
انما يثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق موجب للعتق لا يطلان
السبب في صحته ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها
والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك الغاصب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض
لان ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما
ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء
فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا
مطلق تام فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ولا يكفي لجواز البيع الا ترى ان
ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق ولا يصح بيعه اي بيع المشتري من الغاصب عند
اجازة المغصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشتري الاول وهو البائع الثاني ملك
بات فاذا طرى على ملك موقوف لغيره ابطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف
في محل واحد وما حل الخلاف لا يحتاج الى ان عقد بكل بيع ۵ ولو قطعت يده عند المشتري
فاجيز فارشه له اي لو قطعت يد عبد باعه الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون ارش
اليد للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا
كل ما يحدث من المبيع من كسب او ولد او عقر قبل الاجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة
على محمد والعقر لان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت
يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار
للبائع فاجاز البيع يكون الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق
لافتقاده الى الملك الكامل وبيع الخيار للبائع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف
ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب
ليس بسبب موضوع للملك وانما يثبت الملك له ضرورة فلا يظهر في حق استحقاق
الزوائد ويتصدق بما زاد على نصف ثمنه لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير
موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون
وجه ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له
قدر نصف الثمن لان ارش اليد قائم مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة

في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كان بمقابلة الثمن فما
زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع
اليد حقيقة ۵ ومن اشترى عبدا من غير سيده ثم اقام بينة على اقرار البائع او السيد بعدم
الامر او رده لا تقبل لو باع عبد غيره بغير امره فبرهن المشتري على اقرار البائع او السيد
انه لم يامره بالبيع واراد رد العبد لم تقبل لبطلان دعواه بالتناقض لاقدامهما على العقد وهما
عاقلان باعترافهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقد المسلم مباشرة العقد الصحيح
النافذ والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل ولو اقر البائع بذلك
اي بان رب العبد لم يامره بالبيع عند القاضي فله رده ان طلب المشتري ذلك لان التناقض
لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فالمشتري ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما
فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ
في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه
برئ بالتصادق وعند ابي يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع وهذا
بناء على ان ابراء الوكيل المشتري من الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح
ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله فان اقام الوكيل البينة
لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار
ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه قد
ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تاخير الفسخ ليحلف المالك
على انه لم يامره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو
حضر المالك وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب
المشتري لم ياخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه
وللبائع ان يحلف رب العبد على انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف
ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات
المالك قبل حضوره فورثه البائع واقام بينة على اقرار المالك بانه لم يامره لم تقبل
لما بينا من التناقض ولو اقاموا على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا
اقاموا على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حياته اصل
فيه ممتنع بالتناقض وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال
حياته لا يكون مناقضا فكذا نائبه ولو ورثه البائع وغيره فاذا ادعى غيره
عدم امر المالك يسمع لانه لم يسبق منه ما يجعله مناقضا بخلاف شريكه البائع
حيث يكون مناقضا ولمشتريه ان يحلفه بالله ما يعلم ان الموكل امره ببيعه فان
نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف
الثمن وخير في النصف الاخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا اقر المشتري بان العبد

ملك الامر ولو لم يكن لغا قوله الامر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيله اياه في خصومته لئلا
يصير البائع ساعيا في نقض ما اوجبه ه ولو اشترى دارا من فضولي وادخلها في بنائه فلا ان
على الفضولي باع عرصة غيره بغير امره وادخلها المشتري في بنائه فلم يعني قبضها لم يضمن البائع
قيمة الدار عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا خلافا لمحمد حيث لا يضمن عنده وهو قول
ابي يوسف اولا قال الزيلعي معنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وكذبه
المشتري لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا برهن على اقامة البينة حتى
ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة
لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير نعلم ان قوله وادخلها في بنائه
وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البناء في ذلك وسيأتي بيانه في غصب العقار ان شاء الله

باب السلم

هو بيع اجل بعاجل سمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان
اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة فيما ليس بموجود
في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية لان الشرع
ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه
بيع الا ترى الى ما روي ان النبي عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو
مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس اشهد ان الله احل السلم المؤجل
وانزل فيه اطول اية وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه
وقد روينا انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه
لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم
لا يجوز فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرناه ويصح السلم فيما امكن ضبط صفته
ومعرفة قدره لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال النبي عم من اسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر و[illegible]
لا في غيره اي لا يصح السلم فيما لا يمكن ضبط صفته ولا يعرف قدره لان السلم دين وهو
لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه يكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز
كسائر الديون فيصح في المكيل والموزون لما روينا ولما بينا من المعنى سوى النقدين
لانهما اثمان وليسا بمثمن حتى لو اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتاجيل
المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يصح سلما يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال
الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في
العقود للمعاني وقول عيسى اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في
محل اوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا
العقد فيه وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غيرهما من الاثمان واما اذا اسلم الاثمان فيهما
كالدراهم في الدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لانعدام القدر بانفراده عن ربا النساء ولو اسلم

في المكيل وزنا كما اذا اسلم في الحنطة والشعير بالميزان روى الطحاوي عن اصحابنا انه يجوز لان الكيل
والوزن انما اشترطا ليصير معلوم القدر لا لنفي الربوا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدى عين الواجب
حكما في باب السلم فلا يكون بدلا عن راس المال ولا ربوا بينهما وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لان
المسلم فيه دين في الذمة والمؤدى دين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن
الواجب في الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا
وعلى هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا ● وفي العددي المتقارب كالجوز والبيض عددا وكيلا
لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير
لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا تستوي قيمتهما اقتصادا بذلك من ذوات الامثال
بخلاف البطيخ والرمان لان احادهما متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة وبه يعرف التفاوت في
التساوي وعن ابي حنيفة انه لا يجوز السلم في بيض النعامة لتفاوت احاده في المالية
ويجوز السلم في هذه الاشياء كيلا ايضا وقال زفر لا يصح كيلا لانه عددي وليس بكيلي فلا
يصح اذا لم يعتبر فيما لا يعرف فيه العادة وعنه انه لا يصح عددا ايضا لانه يؤدي الى النزاع
في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا اهدارا كالسفرجل والقثاء ولنا ان
المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد اخرى فتنقطع المنازعة بهما بكل منهما اذا كان
اذا كان يعرف قدره بهما وكذا الفلوس لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه خلافا لمحمد
هو لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين ولو كسدت
صارت قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر
المعدودات وهذه المسئلة مبنية على ان اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما
عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وفي اللبن والاجر اذا سمي
ملبن معلوم لان احادهما لا تختلف اختلافا يفضي الى المنازعة بعد ذكر الالة ه
وفي المذروع كالثوب اذا بين طوله وعرضه ورقعته لانه يصير معلوما بذكر
هذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان
وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به وفي السمك المليح وزنا ونوعا معلوما لان
المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن ايدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان
قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح ان الصحيح في الصغار
منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان وكذا الطري في حينه فقط ولا يجوز
في غير حينه لانه ينقطع عن ايدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في
بلد لا ينقطع فيه السمك او اسلم فيه في حينه جاز وزنا ولا يجوز فيهما عددا
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في الكبار التي تقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس
في نوع عظمه ولاختلاف رغباتهم في مواضعه ولا في الحيوان وقال الشافعي
يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي ان النبي عم

استقرض بكرا فرد رباعيا ولانه بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل
فلا تفضي الى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روي ان النبي عم نهى عن السلم في الحيوان
ولانه متفاوت احاده تفاوتا فاحشا لا يمكن ضبطه الا ترى ان العبدين يستويان
في الجنس والسن ويتفاوت قيمتهما لتفاوت المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق و
الخلق والسيرة والفصاحة والامانة والشدة ولذا قالوا الا ترى فرسا يوجد بالالف
وانما والف ترى منهم لا يساوون واحدا وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي الى
اتلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الخلعات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع
العباد والعبيد مما يصنع بالالة اعني الالة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير
بعده لا يضر وما روي ان النبي عم استقرض بكرا فالمراد به انه عم استقرضه للصدقة ثم
لم يجب الزكوة على صاحبها فرد ها رباعيا او استقرض لبيت المال لانه يجوز ان يثبت حق
مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روي انه عم اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل كان
قبل نزول اية الربوا لان الجنس بانفراده يحرم النسا او كان ذلك في دار الحرب اذ لا يجري الربوا
بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل جميع انواع الحيوان حتى العصافير
لان الشرع لم يفصل ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع للتفاوت
الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز
بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم
في الرؤس والاكارع اكثر من اللحم ومساوله فلا يمكن ان يجعل تبعا للحم فيؤدي معنى
ولا يدري قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم
فقليل فامكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه
ولا في جلوده اي لا يجوز السلم في جلود الحيوان عددا للتفاوت الفاحش فيها الا
ان يبين فيها ضربا معلوما او طولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة
فحينئذ يجوز السلم فيها لامكان ضبطها وكذا اذا كانت تباع بالوزن لا يجوز السلم
فيها بالوزن ولا في الحطب حزما والرطبة جرزا لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه
حتى لو عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط
ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز ولا في الجواهر والخرز لان احادها متفاوتة
تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع
بالوزن فامكن معرفة قدره به ولا في اللحم طريا اي لا يجوز السلم فيه عند ابي حنيفة
وقالا يصح اذا وصفا موضعا معلوما منه بصفة معلومة كشاة خصي ثني سمين من
الجنب او الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف
ويصح استقراضه وزنا وهو لا يصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه ربوا الفضل
بعلة الوزن فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف

بليغ

موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوى
وكتضمن الالية العظم ولابي حنيفة ان اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف
باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا في الشتاء يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن عظاما
غير معلومة ويجري فيه المماكسة فالمشتري يامره بالنزع والبايع يدسه فيه وهذا النوع
من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان
بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالية فانه معلوم وهذا لا يجري فيه المماكسة وفي
مخلوع العظم لا يجوز على الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء
احدهما كما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم في رواية
بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيها اجمعها معاين عند الاداء فالتفاوت
فامكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة ٥ ولا يجوز السلم بكيال او ذراع
معين لا يدري قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث
يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فوته
وفي الهداية ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما
ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي
عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به
كيفما كان ولا في طعام قرية او ثمرة نخلة معينة لاحتمال ان يعتريها افة فلا يقدر على
تسليمها واليه اشار النبي عم بقوله ارايت لو اذهب الله الثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه ولو
كانت النسبة لبيان النوع بان كان له نظير فلا باس به ولا فيما لا يبقى من حين العقد
الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا
فيما بين ذلك لا يجوز لان شرط جوازه ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل وحد
الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت وقال الشافعي يجوز السلم في
المنقطع ان كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه
قبل ذلك ولنا ما روي عن ابن عمر ان النبي عم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قيل وما تزهي
قال حين تحمر وقال عم اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه وعن ابن عمر
ان النبي عم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البايع والمبتاع وفي لفظ
حتى يبيض ويامن العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال لان الحديث
ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع احد بيع مال معاين ينتفع
به في الحال او في المال ٥ وشرطه بيان الجنس كبر او شعير والنوع كسقية او
بخسية والصفة كجيد او ردي والقدر ككذا رطلا او كيلا بمكيال لا ينقبض ولا ينبسط
واجل معلوم لقوله عم من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر ولان الاجل انما

لم يكن معلوما لمفضي الى المنازعة «واقله» اي اقل الاجل «شهر في الاصح» روي ذلك عن
محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه اجل الا يرى ان المديون اذا حلف ليقضين
دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل
كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل اقله ثلاثة ايام رواه الطحاوي عن اصحابنا
اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس
والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف يوم وعن
الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التأجيل في مثله فان اجل
فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح وبه يفتى «و» شرطه
ايضا بيان «قدر راس المال ان كان كيليا او وزنيا او عدديا» عند ابي حنيفة رح
لان جهالة قدر راس المال قد يفضي الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد
بالباقي عيبا فيرده ولا يستبدل في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود
ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب
التحرز عن مثله وان كان موهوما الا يرى ان البيع لا يجوز اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم
مال اخيه «فلا يجوز في جنسين بلا بيان راس مال كل منهما» اي ان اسلم مائة درهم في كر حنطة وكر
شعير ولم يبين حصة واحد منهما من راس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف
بالحزر فلا يكون معلوما «ولا في مختلفين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه» بان اسلم دراهم و
دنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر احدهما ولم يبين الاخر لان راس المال لا يكون
معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالعددي هنا ما تتفاوت
احاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات «و» شرطه ايضا بيان «مكان
ايفائه» اي المسلم فيه «ان كان له حمل ومؤنة» لانه اذا لم يبين بقي مجهولا جهالة فاحشة
فيؤدي الى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة لان قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف
باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصفة الا يرى ان الحطب في المدن اعلى منه
في القرى ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان الايفاء يوجب عنده التحالف كالاختلاف
في الصفة «وعندهما لا تشترط معرفة راس المال اذا كان معينا» لانه صار معلوما
بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان
معرفة العوض انما تشترط احترازا عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين
بالاشارة لا يفضي الى المنازعة كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط
معرفة القيمة «ولا مكان الايفاء ويوفيه في مكان عقده» لان التسليم موجب
العقد فيتعين له موضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب تسليم راس مال السلم في ذلك
المكان وكذا البدلان الاخران العقد يوجب المساواة لانه السبب الموجب للاحكام
المتعلقة به والتسليم من جملتها فتعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعينا مكانا

اخر بالنص فتعين له ذلك المكان لانه تفوت الدلالة به بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط
تسليم المبيع في غير موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل
على البائع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه او يكون اجارة في بيع فيكون معقد النهي
المعروف عن صفقة في صفقة ودين السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون
اشتراط الحمل في ملكه بل في ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لو لم يتعين مكان اخر
فيتعين ضرورة كالوقت وقابلت الامكان في الاوقات المطلقة وصار كالقرض والاتلاف و
الغصب واجيب بان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا او ضرورة وجوب التسليم
عليه في الحال ولم يوجد اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا فيكون التسليم متأخرا ضرورة بخلاف
البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه وجب التسليم في الحال فتعين موضع وجود السبب
ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين
ولتعين مكان العقد فيما اذا عقدا في لجة البحر وفساده لا يخفى «ومثله الثمن المؤجل»
بان باع عبدا مثلا بثمن موصوف في الذمة الى اجل حيث يشترط بيان مكان الايفاء
عنده «والاجرة» بان استاجر دارا او دابة بما له حمل ومؤنة دينا في الذمة حيث يشترط بيان
مكان الايفاء عنده «والقسمة» بان اقتسما دارا وشرط احدهما على صاحبه شيئا له
حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء في نصيبه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما
في الجميع «وما لا حمل له كالمسك والزعفران» وما اشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الايفاء
بل يوفيه حيث شاء في الاصح اتفاقا لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال «وقبض
راس المال قبل التفرق» شرط لبقائه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق
لا عن قبض ولا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مما يتعين او لا وجملة الشروط جمعوها
في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء
والقدرة على تحصيله ويتفرع على قوله اعلام راس المال اعلام جنسه ونوعه و
صفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله ان يكون موجودا
من حين العقد الى حين المحل «فلو اسلم مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه في كر بر
بطل السلم في حصة الدين فقط» لانه دين بدين «وصح في حصة النقد» لوجود قبض
راس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا الا ترى انه
لو نقد مائتين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق
قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبدين فهلك احدهما
قبل القبض بطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد حيث بطل
العقد فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العقد تبعا بالحصة ابتداء فلا يجوز
لجهالة ثمنه ولان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان «ولا يجوز التصرف
في راس المال والمسلم فيه قبل قبضه بشركة او تولية» لان المسلم فيه مبيع بدليل [illegible]

ان النبي عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز وراس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه تفويت القبض المستحق فلا يجوز الا ترى الى قوله عم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فهذا يمنع التصرف فيهما قطعا حيث لم يجوز اخذ غيرهما ان عنهما في التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال شبيه بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابراء كالبيع فاخذ حكمه ولا شراء شيء من المسلم اليه براس المال بعد التقايل قبل قبضه لقوله عم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال الانفساخ فامتنع الاستبدال ولان راس المال الاخذ شبيه بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فيتعين ان يجعل راس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل الفسخ فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبله فاخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ٥ ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لا يصح ولو امر مقرضه به كذا صح يعني اسلم كرا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء ولو امر مقرضه بذلك اي بقبض الكر صح لان القرض اعارة وهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان وكذا اي صح ايضا في الصورة الاولى لو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب سلمه بقبضه له اي لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله لاجل المسلم اليه ثم لنفسه صح لاجتماع الكيلين والاصل فيه ما روي ان النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ومحله ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة فيكتفي فيه بالكيل مرة في الصحيح ٥ ولو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا فكال المسلم اليه في ظرف رب السلم بامره وهو اي رب السلم غائب لا يكون قبضا ولو كان مكان السلم مشترى ان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى البائع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف فكال البائع كذلك والمشتري غائب كان قبضا بخلاف ما لو كاله في ظرف نفسه او في ناحية بيته يعني لو امر المشتري البائع ان يكيله البائع في غرائر البائع ففعل كذلك لا يصير به المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري به قابضا ٥ ولو كال الدين والعين في ظرف المشتري ان بدأ بالعين كان قبضا للكل وان بدأ بالدين فلا اما العين فلصحة الامر واما الدين فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به لكن دفع لصائغ فضة وامره ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا ويجعل استقرض من رجل حنطة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا له

بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل في هو الصبغ لا العين والفعل لا يجاور الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لا يصير به قابضا وان بدأ بالدين فلا يكون قبضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق رضاه به حتى يكون شريكا له وعندهما صح قبض العين فعند ابي يوسف يصير قابضا لهما كما اذا بدأ بالعين لانه لما كان الدين اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر المشتري قابضا له لما قلنا ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين ايضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدأ بالعين وعند محمد يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما بدأ بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيرا لظرفه ولما كان العين بعده وخلطه به صار خالطا مال المشتري بملك نفسه ومستهلكا له باذنه فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين لعدم القضاء بخلاف ما اذا بدأ بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم ملك الدين باتصاله بملكه بعده ثم المشتري بالخيار عندهما ان شاء رضي بالشركة في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وان شاء فسخ البيع ٥ ولو اسلم امة في كر وقبضت ثم تقايلا فماتت قبل ردها بقي التقايل ووجب قيمتها يوم قبضها ولو ماتت ثم تقايلا صح يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ووجب على المسلم اليه قيمة الجارية يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء اسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها وكذا المقايضة في الوجهين يعني لو تقايضا عبدا بجارية ثم تقايلا بعد هلاك احدهما فانه يصح ايضا احدهما ويجب رد الباقي منهما ووجب على الاخر قيمة الهالك لما قلنا وانما يصح فيها الاقالة بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع من جهة وثمن من وجه ففي الباقي يعتبر المبيعية وفي الهالك يعتبر الثمنية بخلاف الشراء بالثمن فيها يعني اذا اشترى امة بالف فتقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان الامة هي الاصل في البيع فلا يبقى بعد هلاكها فلا يصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لعدم محلها فاصله ان

هذا الجنس ينقسم على اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع
المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم هذه الثلثة والرابع
الاقالة في الصرف وحكمه انه اذا تقايلا فيه بعد هلاك احد البدلين او هلاكهما او هلاك
البدلين او احدهما بعد الاقالة قبل التقابض صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف
ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غير
فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد فلا يرد على
المقبوض وهذا لو كان المقبوض قائما كان لهما ان يرد غيره بعد التقايل ٥ ولو ادعى
احد عاقدي السلم بيان الاجل او اشتراط الرداءة وانكر الآخر فالقول لمدعيهما مطلقا يعني
اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الآخر لم
نشترط شيئا او قال احدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيئا كان القول قول من
يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا ولان
كان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر
المباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في صحته فان خرج كلام احدهما
مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك
عند ابي حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وقالا كذلك ان كان رب السلم في الاولى والمسلم اليه
في الثانية ثم تفاصيل المسئلة ان تقول لو اسلم دراهم الى رجل في كر حنطة فقال
المسلم اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيئا كان القول قول المسلم اليه
لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذ الظاهر ان المسلم فيه مع رداءته يزيد
على راس المال وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الرداءة
وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة
وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم
كان له اجل كان القول لرب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل
وهو حق له فكان باطلا ٥ والاستصناع وهو ان يقول لصانع كالخفاف اصنع من
مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بكذا جائز للاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي
عم الى يومنا هذا وهو قوي الحجة وقد استصنع رسول الله عم خاتما ومنبرا وقال عم
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو بيع
المعدوم وهو منهي عنه والقياس لا يجوز ويمكن الاستدلال للجواز بما ذكرنا والقياس يترك
بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجر وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز
للتعامل وان كان القياس اباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر ما يقعد في الحمام وكم
قدر ما يستعمل او يشربه من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة
الاجماع او النص وقد قال النبي عم لا تجتمع امتي على الضلالة ولا يشكل هذا على

قول ابي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم ياخذ به واخذ بالقياس
لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما
نحن فيه ثم انما يجوز فيما جرى فيه تعامل ولا تعامل فيه فلا يجوز الاستصناع فيه ويكون
سلما اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم الصحيح ان الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد
انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه
الخيار لكل واحد منهما وهو باجل سلم اي ذا الاجل المستصنع صار سلما فيصح فيما امكن
ضبط صفته ومقداره نحو خف وبلا اجل يصح فيما تعورف كخف وطست وقمقمة
انما كان الاستصناع باجل سلما اذا تعاملوا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان اللفظ
حقيقة للاستصناع فيحافظ على مقتضاه ويحمل الاجل على الاستعجال لانه يحتمل
ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال بخلاف ما اذا لم يتعاملوا فيه لانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح وله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي
تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى وبدون الاجل يجوز للاجماع
الذي ذكرناه وهو بيع لا عدة فيجبر الصانع على عمله لكونه بيعا ولو كان عدة لا يجبر عليه
ولا يرجع المستصنع عنه فلو كان عدة لجاز رجوعه والمبيع هو العين لا عمله كما ذهب
اليه ابو سعيد البردعي قوله بان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فلو اتى بما
صنعه غيره او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه صح ولو كان المبيع عمله لما صح ولا يتعين المبيع
للمستصنع بلا اختياره فيصح بيع الصانع له ولو تعين له لما صح بيعه قبل رؤيته ولو
تعين له لما صح بيعه وله اي للآمر الخيار بعد رؤيته لانه اشترى ما لم يره اخذه ان شاء
وتركه ان شاء ولا يصح السلم فيما لم يتعارف كالثوب الا باجل يعني لو امر حائكا ان ينسج
له ثيابا بغزل من عنده بدراهم معلومة لم يجز لانه لم يجر فيه التعامل فبقي على اصل
القياس الا اذا شرع فيه الاجل بان شرط السلم فحينئذ يجوز بطريق السلم ٥

مسائل شتى

يصح بيع الكلب وعن ابي يوسف انه لا يصح بيع الكلب العقور
لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب اصلا لنهي
النبي عم عن بيع الكلب وقال ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين
فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس ان النبي عم نهى عن بيع الكلب الا كلب
صيد او ماشية وعن ابن عمر ان النبي عم قضى في كلب بعشرين درهما ولانه مال
منتفع به اصطيادا فيصح بيعه كالبازي الا ترى ان الشرع اباح الانتفاع به
حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا
بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز الانتفاع به
شرعا والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها
وما رواه الشافعي محمول على ابتداء الاسلام حين كان يامر النبي عم بقتل الكلاب

وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او قابلا للتعليم والفهد في بيان
السباع على اوله لانه حيوان يجوز الانتفاع به شرعا وقبول التعليم عادة فجاز
بيعه والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال او في المال وله قيمة جاز بيعه والا فلا
وكالفيل يجوز بيعه لانه ينتفع به حملا وركوبا وفي القرد روايتان عن ابي حنيفة في رواية الحسن
عنه انه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه للتلهي
وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز
الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه ٥ والذمي في البيع كالمسلم الا في الخمر والخنزير فانها في
حقه كالخل والخنزير فانه في حقه كالشاة لقوله عم فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرها من
انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربوا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير
فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما منه من السلم وغيره
ولا يجوز ما لا يجوز لانها اموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا وهذا
لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك وفي
قال عمر رض في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها والصحابة متوافرون
ولم يعرف له مخالف فصار اجماعا ٥ ومن زوج مشتريته قبل قبضها جاز لوجود
الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر وتشترط فيه القدرة
على التسليم بخلاف النكاح الا يرى ان تزويج الابق يجوز دون بيعه قال ووطيها اي ان وطيها
زوجها كان قابضا لها لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا
اليه كانه فعله بنفسه والا فلا اي ان لم يطاها لا يكون قبضا استحسانا والقياس
ان يكون قابضا بنفس التزويج لانه تعييب حكمي الا يرى انه لو وجد المشتراة مزوجة ردها
بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطي وجه الاستحسان انه لم يتصل بها من
المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما يوجب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس
تقل فيها فينقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطي لانه فعل حسي اتصل
بها واوجب نقصانا في ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء هذا يصح بالاتلاف في
فصار كما لو تلف عضو منها بالقطع الا يرى انه لو اقر المشتري بدين على العبد المشترى
قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثاله
بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت بهما بثبوت حقيقة الحرية او حقه
ومن ضرورته يصير قابضا ٥ ومن اشترى شيئا فغاب غيبة معروفة لا يباع
في دين بايعه وان لم يكن معروفة يباع فيه اذا برهن على ما ادعاه اي اذا اشترى
شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع البينة ان هذا العبد كان

له وباعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب
المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب
اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر اين هو باعه
القاضي في المنقول ان اقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على غائب وانما هي لنفي التهمة
وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البايع
يصل به الى حقه ويبرا من ضمانه والمشتري ايضا تبرا ذمته من دينه ومن تراكم نفقته لان
الكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه
ان كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده ولا يتعذر البايع ان يصل الى حقه
فيبيعه القاضي احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف
ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يبيعه الحاكم لان حقه غير متعلق به ٥ وان غاب
احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه اذا حضر الغائب حتى ينقد
حصته يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب احدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل
الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقده وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا نصيبه بطريق الخطاه وكان
متبرعا فيما ادى عن نصيبه فصار الخلاف في مواضع احدها في قبض جميع المبيع على
تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في
الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البايع على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغائب
عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البايع على تسليم نصيب الغائب من
المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف
ان الحاضر قضى دينا على الغائب بغير امره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في
التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه فلا يقبضه فلهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع
ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء وكمعير الرهن و
صاحب العلو في قضاء الدين وبناء السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن
لان للبايع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن ولا يكون متبرعا مع الاضطرار
الى اداء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير الرهن وصاحب
العلو والوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه
كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب ثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من
شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل
واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه الاجنبي ولا اصالة الشبهين يرد
من شبهين لو فر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه
بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا اولى من العكس لانه في حالة الحضرة يمكنه ان يخاصمه

الى الحكام فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع
به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيئين
فلا يختلف حكمه ه وان اشترى بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف
المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير
كانه قال بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة وان قال بالف من الذهب والفضة
فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة درهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما
فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان علي كر حنطة و
شعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدة في المعاملات كلها كالمهر
والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل و
المعدود والمذروع ه ومن قبض زيفا بدل جيد غير عالم به يعني اذا كان له على اخر
دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقه او هلك ثم علم بالعيب فهو
قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل
الزيف ويقتضي الزيف الجيد لان حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما هو مرعي
من حيث القدر الا انه يتعذر رعايته بالرجوع بجبر الجودة لانه وصف لا قيام لها
بانفرادها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما
ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه
لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفاء
لم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان
عليه لان القضاء عليه بالضمان لصاحبه ممتنع ولان الجودة تبع فلا ينتقض القبض
في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن
او المولى اذا اتلف مال عبده المأذون له المديون حيث يجب عليه الضمان وان كان المضمون
ملكا لهما لان الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه بجهة
ه وان فرخ طير او باض في ارض او تكنس ظبي فهو لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه فكان
اولى به لقوله عم الصيد لمن اخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشيه
قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم اي البيض والفرخ وهذا اذا لم يكن
ارضه مهياة لذلك وان كانت ارضه مهياة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب
الصالح الا بالقصد وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف او دخل دارا او درهم او سكر
نثر فوقع على ثوب فان اعده صاحبه لذلك وكفه بعد السقوط او اغلق باب الدار بعد
الدخول ملكه وليس للغير اخذه كما لو عسل النحل في ارضه او نبت فيها شجر او اجتمع تراب بجريان
الماء ه والبيع تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد مما نذكره من بعد
ان شاء الله تعالى والاصل فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة

لما روي ان النبي عم نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات
لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو يختص بالمعاوضة
المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربوا هو الفضل الخالي عن العوض
وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة لا يقتضيها العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل
خال عن العوض وهو الربوا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات الغير المالية
كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه
فيه الا يرى ان النبي عم اجاز العمرى وابطل الشرط البيع وهو مبادلة مال بمال
فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان
الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط
نافعا او ضارا الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به
فانه يجوز اذا وقته بثلثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه
من قبل وان كان الشرط بكلمة على بان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلائمه او
فيه اثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التأجيل او الخيار
لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى على ان يحذو البائع وان كان الشرط
لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل
الاستحقاق فسد البيع ولا يفسد الاجارة وهي تمليك للمنفعة وصورة فسادها
بالشرط بان استاجر عبدا شهرا بمائة على انه ان مرض ان يعمل بقدر الايام التي مرض
فبطل بهذه الاجارة لانه لا يعلم اي مقدار من الشهر يمرض فيدخل في العقد بقدر
ذلك من الشهر الثاني وهذا مخالف لمقتضى العقد لان مقتضاه انقضاؤه بمضي
المدة المسماة المعقود عليها وصورة تعليقها بالشرط بان قال اجرتك داري هذه
ان كان كذا والقسمة وهي في معنى المبادلة فصار كالبيع وصورة بطلانها بالشرط
الفاسد بان يكون للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الديون والعين وشرطوا
ان يكون لاحدهم الدين وللباقين العين وهذا فاسد لان فيه تمليك الدين من غير
من عليه الدين وصورة تعليقها بالشرط بان اقتسموا الدار ان رضي ابوه او ابنه او فلان لا
يصح لانها في معنى البيع والاجارة وصورة بطلانها بان باع ملك غيره بغير اذنه
وقال من له الاجازة اجزت البيع ان زاد المشتري لي كذا فقال المشتري زدت ذلك
القدر لا يصح الاجازة بناء على ان هذا رشوة وهي حرام والاجازة العقد في
معنى العقد وهذا اشترط ما شرط للعقد فيكون شرط الرشوة فيها مفسدا
كما في العقد وصورة تعليقها بالشرط بان قال اجزت البيع ان جاء راس الشهر
فانه لا يصح والرجعة وهي استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقها بالشرط
كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به وصورة فسادها بان قال راجعتك الا انقضاء عدتك

فانها تفسد لانها لا يصح الا في العدة وصورة تعليقها بالشرط ان قال راجعتك اذا
مضت عدتك والصلح عن مال بمال وهو معاوضة مال بمال فيكون بيعا وصورة فساده
بان ادعى على رجل مالا معلوما واقر المدعى عليه او انكر فصالح المدعى عليه على شرط ان
يقرضه المدعي عبده او يبيع لا جرما ادعى فحينئذ يكون الصلح فاسدا لان هذا شرط فاسد
لكونه مخالفا لمقتضى العقد اذ الصلح عن مال بمال بيع مطلقا في حق المدعي والمدعى
على تسليم بدله شرط جودته ولا قدرة هنا فيكون الصلح فاسدا وتعليقه بالشرط
الفاسد بان قال صالحتك على كذا اذا جاء راس الشهر قيل الاعواض يجوز لان الصلح
هنا في معنى البيع والابراء عن الدين هو تمليك من وجه حتى يرتد بالرد فان كان فيه
معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وصورة فساده
بالشرط الفاسد ان يقول لمديونه ان دخلت الدار فقد ابرأتك وفساده بناء على ان في
الابراء معنى التمليك فيفسد بالشرط وتعليقه بالشرط بان يقول لمديونه اذا اديت الي كذا
او متى اديت او ان اديت الخمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح او لم يذكر لانه صريح التعليق فبطل به
وعزل الوكيل صورة فساده بالشرط الفاسد ان يقول الموكل عزلتك فلانا عن الوكالة على شرط
ان تعطيني خلعة وهو شرط فاسد لانه لا يعطي الوكيل الموكل لاجل العزل لتمكنه من عزل نفسه بنفسه
من الموكل بغير شيء والوكالة باقية لفساد العزل وتعليقه بالشرط ان يقول الموكل للوكيل عزلتك
غدا فانه لا يصح فالوكالة باقية والاعتكاف صورة فساده بالشرط الفاسد بان يقول من
عليه اعتكاف نويت ان اعتكف عشرة ايام بشرط ان لا اصوم او ان اباشر امرأتي او ان
اخرج متى شئت لحاجة ولغير حاجة يكون الاعتكاف فاسدا بناء على ان هذا شرط فاسد
يفسد به الاعتكاف وتعليقه بالشرط بان يقول نويت ان اعتكف عشرة ايام ان شاء الله
والمزارعة صورة فسادها بالشرط الفاسد بان عقد المزارعة وشرط لاحدهما قفزانا مسماة
ويكون الباقي بينهما نصفين فهي باطلة لانه يحتمل ان لا يخرج الارض الا هذا القدر و
تعليقها بالشرط الفاسد بان يقول شاركتك في المزارعة اذا جاء راس الشهر والمعاملة
صورة فسادها بالشرط الفاسد بان وقت وقتا يعلم انه لا يخرج فيه الثمر يفسد
بها المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج وتعليقها بالشرط الفاسد بان
يقول شاركتك في المعاملة اذا جاء راس الشهر والاقرار صورة فساده بالشرط
الفاسد ان يقول لفلان علي الف درهم بشرط ان شاء فلان فشاء لا يلزمه شيء
لان مشيئة فلان لا يوجب الملك وتعليقه بالشرط ان يقول لفلان علي الف درهم
ان شاء الله والوقف صورة فساده بان يقول وقفت داري هذه على كذا ان شئت
انا فلا يصح اتفاقا وتعليقه بان يقول اذا جاء راس الشهر فقد وقفت داري
وكذا التحكيم عند ابي يوسف لا يصح مطلقا حظرا ولا مضافا الى الزمان فان
قال للحكمين اذا اهل الشهر وقال لعبده او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا

خلافا لمحمد هو يقول يجوز تعليقه بشرط واضافته الى زمان لانه لا يبقى فيه الا
تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضاء ولابي يوسف ان التحكيم
تولية صورة وصلح معنى فلا يصح اضافته الى الزمان لانه لقطع الخصومة بينهما فباعتبار
انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال
٥ وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة صورة ادخال الشرط
في هذه العقود بان يقول اقرضتك هذه المائة بشرط ان يعطي عمدة كذا او وهبتك او
تصدقت هذه الجارية لك بشرط ان يكون حملها لي واعلم لم يفسد هذه العقود بالشرط الفاسد
لان ثبوت الملك في هذه الصور يتعلق بمعنى حسي وهو القبض الحسي فلا يبطل بناء على ان
الشرط الفاسد انما يؤثر في العقود الشرعية لا في الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن
ان يجعل عدما ولا يبطل الشرط لمخالفته موجب العقد اذ روي ان النبي عليه السلام اجاز العمرى
وابطل شرط المعمر والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن صورة ادخال الشرط
الفاسد في هذه العقود بان يقول لامرأة تزوجتك على ان لا مهر لك او يقول لامرأته
المسلمة طلقتك على ما معك من الخمر وخالعتك على خمر وقلت الحرة او الرقيق العبد اعتقتك
على ان لا تولي لي عليك فقبل العبد او يقول رهنت هذا العبد عندك بمائة درهم
على ان لا تقبضه او على ان لا يكون مضمونا عليك وقبل الاخر وهذه الشروط فاسدة لاجل
مخالفة مقتضى العقد والايصاء يعني لو اوصى الى فلان وشرط ان لا يخرج من
الوصاية وان خان وترك حفظ الامانة اصلا فالايصاء جائز والشرط باطل لانه مخالف
حكم الشرع والوصية صورة ادخال الشرط الفاسد بان يقول اوصيت خدمة عبدي
هذا لفلان عشر سنين على ان لا يسلم العبد الى الموصى له ومات الموصي والعبد يخرج من
ثلث ماله يسلم الى الموصى له بالخدمة لخدمة لان هذا الشرط فاسد لمخالفته لمقتضى
العقد والوصية لا تفسد به لما عرف ان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو لا يجري
في التبرعات والشركة صورة ادخال الشرط الفاسد فيها بان عقد الشركة لاحدهما
الف درهم وللاخر الفان وشرط الوضيعة نصفين صحت الشركة وفسد الشرط والمضاربة
صورة ادخال الشرط الفاسد بان تشترط الوضيعة على المضارب بطل الشرط لا المضاربة
بناء على انه يخالف مقتضى العقد فيكون فاسدا والقضاء صورته بان يقول القاضي
لمن له الحق اقضي لك على زيد بشرط ان يحط عن دينك او ان تؤخره الى وقت كذا وهذا شرط
فاسد والقضاء جائز والامارة صورته بان عقد من له ولاية عقد وشرط فيه
ان لا يقيم الامام الحد او لا ياخذ الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع صح عقده تماما
وبطل ذلك والكفالة صورتها بان يقول تكفلت بمالك على فلان ان هبت الريح او
جاء المطر يصح ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشرط
الفاسد كالطلاق والحوالة صورتها بان يكون لزيد مائة على عمرو ولعمرو

مائة على بكر واراد عمرو ان يحيل زيدا على بكر وشرطوا ان يأخذ زيد من بكر مائة
وعشرين درهما بانه فشرط الزيادة شرط فاسد والحوالة صحيحة لا تفسد بالشرط
الفاسد. والوكالة صورتها ان يقول وكلتك ببيع هذه الدار بشرط ان لا يعزل
عنه قال مشايخنا الوكالة جائزة والشرط فاسد وله ان يعزله والاقالة صورتها
ان اقال البايع والمشتري البيع وشرط الزيادة على الثمن الاول فالاقالة صحيحة
والشرط فاسد لمخالفته مقتضى العقد والكتابة صورتها ان يكاتب عبده على
الف درهم وشرط ان لا يخرج من البلد فالكتابة صحيحة والشرط فاسد والاذن للعبد
في التجارة صورتها ان يقول المولى لعبده اذنت لك في التجارة بشرط ان يكون
موقتا الى سنة فالصحيح يكون ماذونا مطلقا الى ان يحجر المولى لان هذا شرط
فاسد بناء على ان الاسقاطات لا يتوقت ودعوة الولد صورتها ان يدعي نسب
احد التوأمين بشرط ان لا يكون نسب الاخر منه يثبت نسب كل واحد منهما وبطل
الشرط لانهما خلقا من ماء واحد والصلح عن دم العمد صورتها ان يقول صالحتك
عن نصيبي في القصاص بشرط ان لا يسقط نصيب اخي عن القصاص فالصلح جائز و
القصاص في الكل ساقط والشرط باطل لان القصاص لا يتجزى والجراحة صورتها
ان يشج راسه موضحة خطأ فصالح بشرط ان يعطي الشاج زيادة على ارش الموضحة
فالصلح جائز وشرط الزيادة باطل وعقد الذمة صورتها ان يفتح الامام بلدة عنوة
ويقر اهلها على املاكهم وشرط اهلها ان لا يعطوا الجزية ولا يمنعوا من ركوب
الخيل ولا يتظهروا الكنيسات فهذا العقد صحيح والشرط فاسد لمخالفته قانون
الشرع وتعليق الرد بعيب او خيار شرط صورتها ان يقول ابطلت خياري اذا جاء
راس الشهر فالشرط باطل وله ان يرد بالعيب وخيار الشرط وعزل القاضي صورتها
ان يقول الامام للقاضي اذا وصل كتابي اليك فانت معزول فانه يصح الشرط
ويكون معزولا وقيل لا يصح الشرط ولا يكون معزولا وبه يفتى لان العزل لا يبطل بالشرط

كتاب الصرف

هو في اللغة له تفسيران احدهما الفضل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه
زيادة على الفرايض قال النبي صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل
الله منه صرفا ولا عدلا اي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع
بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا
صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار لحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد
قبل الافتراق بيع ثمن بثمن كالذهب والفضة تجانسا او لا اي سواء كان جنسا
بجنس كبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او كان بغيره كبيع الذهب بالفضة او

بالعكس وشرط فيه التقابض قبل التفرق اذا باع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب
او الفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق وصح بيع الجنس
بغيره اي بيع الذهب بالفضة مجازفة وبتفاضل لكن بشرط التقابض في المجلس لان المستحق
هو القبض قبل الافتراق دون التسوية فلا يضره الجزاف وان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض
احدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولا يجوز بيعه بجنسه الا متساويا بشرط التقابض وان
اختلفا جودة وصياغة والاصل في هذا حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال
الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت
هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه
الذهب بالذهب مثلا بمثل والورق بالورق مثلا بمثل الا انه قال وان استنظرك ان تدخل
بيته فلا تنظره. فان بيع الذهب او الفضة بجنسه مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق
جاز وبعده لا يجوز. قال زفر يجوز لان التساوي هو الشرط وقد وجد حالة العقد
قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا اما وجوده في علم الله تعالى
لا يصح شرطا للجواز لان الاحكام تبتنى على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء. ولا يجوز
التصرف في بدل الصرف قبل قبضه فلو باع ذهبا بفضة واشترى بها ثوبا قبل قبضها
فسد بيع الثوب لان في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ٥ ولو اشترى امة تساوي
الفا مع طوق قيمته الف بالفين ونقد الفا فهو اي المنقود ثمن الطوق وان اشتراها
بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق لان حصة الطوق يجب قبضه في
المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقلهما يمنعهما
من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المباشر الى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق
احسانا للظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة وقالا
يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد
ولابي حنيفة ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كالجمع بين عبد وحر في البيع بخلاف
الفساد في المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما
قبل القبض واستحق بعده ٥ وان اشترى سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو
اي المنقود حصة الحلية وان لم يبين انه حصتها او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين
فلما ذكرنا ان امرهما يحمل على الصلاح واما اذا قال هي من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها
الواحد منهما قال الله تعالى نسيا حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان و
المراد احدهما وان تفرقا بلا قبض صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطل فيهما
لان حصة الصرف يجب قبضه قبل الافتراق فاذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه
وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الصرف فصار كبيع جذع
من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز لقدرته على التسليم فصار نظير بيع الجارية

مع الطوق وان باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض فقط والاناء مشترك بينهما يعني اذا باعه بفضة او ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طار ولا يكون هذا تفريق الصفقة ايضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق ولو استحق بعضه اخذ المشتري ما بقي بحصته او رده لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا اشترى اناء فضة وافترقا وقد بقي عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريط جاء من جهة المشتري على ما بيناه ولو استحق بعض قطعة نقرة اشتراها اخذ الباقي بحصته بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لانه من قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم وبيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين فحمله على خلاف الجنس تعيين له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع باقل مما باع وان امكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب من الجانب الآخر ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد وفي جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد باصله دون وصفه ولان العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير ان يتعرض لمقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للقيد ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط فيحمل على القيد الصحيح عند تعذر العمل بالاطلاق وبيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار فتصرف العشرة بمثلها

والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد وبيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز بيعهما لانه جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة من الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال ان يكون هي المقطعة وبيع دينار بعشرة عليه او بعشرة مطلقة ان دفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة معناه ان يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين فباع الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز اما اذا قابل الدينار في العشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين احد العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وهي الامن للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما الربوا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوي ومعلوم ان الساقط يستحيل ان يتعين الذي على خطر التوي فيحقق الفضل الذي هو الربوا فاذا دراهم دين بلا شيء دين يتعين لعدم الخطر لكون كل واحد منهما ثابتا قبل البيع ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذي وجب بالصرف غير الذي كان عليه في هذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربوا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه وجه الاستحسان انهما لما تقاصا يتضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لو لا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فثبت الفسخ اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمسمائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق بين ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده وما غلب فضته او ذهبه فضة وذهب حكما يحترز فيهما من حرمة التفاضل ما يحترز من الجياد فلا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا ولا الاستقراض الا وزنا لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيهما خلقة كالردي منه من المخلوط والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردي بالجيد فهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل قليل الغش الذي فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار اصلا وما غلب عليه الغش منهما اي من الذهب والفضة فهو في حكم العروض اعتبارا للغالب فبيعه بالخالص على وجوه حلية السيف ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في تلك الدراهم او اقل او لا يدرى لا يصح وان كانت اكثر يصح ان لم يفترقا بلا قبض وصح بيعه بجنسه متفاضلا بشرط التقابض في المجلس لان الغش من كل واحد منهما مقابل الفضة او الذهب الذي في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما

لا تصادف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف في البعض لوجود الفضة
او الذهب من الجانبين ويشترط في الغش ايضا لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع
درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت
بالفضة الخالصة او الذهب الخالص لا بد ان يكون الخالص اكثر من الفضة او الذهب
الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون
بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة او الذهب المغلوب بالغش
هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة
او الذهب فجعل كان كله فضة او ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما
ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومالا
بالاذابة فان الفضة والذهب يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما
فيجب اعتبار ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكوة ايضا بخلاف الغش
المغلوب بهما لانه يحترق ويهلك ولا يبقى له في الحال ايضا فلا يمكن اعتباره اصلا
حتى لو عرف ان الفضة او الذهب الذي في الغش الغالب يخلص ولا يحترق منه شي
كان حكمه كحكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة او الذهب الذي فيه اعتبار اصلا
ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربوا ومشائخنا لم يفتوا بجواز
التفاضل في الغطارفة والعدالى وان كان الغالب فيها الغش لانها اعز الاموال
في ديارهم في ذلك الزمان فلو ابيح التفاضل فيها لانفتح باب الربوا ○ ويجوز التبايع
والاستقراض بما يروج منه وزنا او عددا او بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه
العادة وهذا لانه لما كان الغالب فيه الغش صار كالفلوس فيعتبر فيه
عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج
بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد فبالعدد وان كانت تروج بهما
فبكل واحد منهما ○ ولا يتعين بالتعيين لكونه ثمنا ما دامت تروج لانها بالاصطلاح
صارت اثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي
ولو اشترى به اي بالذي غلب عليه الغش فكسد بطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع
ان كان قائما وان هلك فمثله ان كان من ذوات الامثال والا فقيمته وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وانما
تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج وتجب قيمته
يوم البيع عند ابي يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالمغصوب فانه تعتبر قيمته يوم
الغصب لانه مضمون به وتجب اخر ما تعومل به اي قيمته يوم الكساد عند محمد لانه
يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى ان ينقطع فاذا انقطع انتقل

الى القيمة لتعذره فتعتبر قيمته يومئذ ولابي حنيفة ان الثمنية بالاصطلاح
فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل ○ ومالا يروج
منه يتعين بالتعيين لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في
الاصل سلعة وانما صارت اثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت
الى اصلها وان كان يأخذها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد
بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن
انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لعدم الرضى بها في الاولى ولعموم البلوى في الثانية
والمتساوي الغش كغلوبه في التبايع والاستقراض يعني الذي استوى غشه وفضته
او غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم والدنانير التي غلب
عليها الفضة او الذهب حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة
الدراهم الردية لان الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها
بالوزن شرعا الا اذا اشار اليها في المبايعة فيكون بيانا لقدرها
ووصفها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم
ويعطيه مثلها لانها ثمن فلم يتعين وكذا المتساوي الغش كمغلوبه في الصرف اي حكمه
حكم فضة غلب عليها الغش حتى لو باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة
الخالصة لا يجوز حتى يكون الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر
فيجب اعتبارهما فصار كالموشح بين فضة وقطعة نحاس فباعها بمثلها او بفضة فقط فح
فتاوى قاضيخان ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز فيها التفاضل وهو محكي
قولهم وقيل كحالتيه ووجهه ان فضته لما لم تصر مغلوبة جعلت كانها فضة وصح
الصرف احتياطا ○ ويجوز البيع بالفلوس النافقة وان لم تتعين لقيام الاصطلاح
على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقها بالثمن فان كسدت فالحكم كما في
الكساد المغشوش يعني ان كسدت قبل التسليم بطل البيع عند ابي حنيفة لان الثمن هلك
بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقي بيعا بلا ثمن فيبطل ويجب على المشتري
رد المبيع ان كان قائما وان هلك فمثله ان كان من ذوات الامثال والا فقيمته
وعند ابي يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية
عند وجوده وقد تعذر تسليمه فيجب قيمته يوم البيع عند ابي يوسف
لان الثمن صار مضمونا به وعند محمد تعتبر قيمته يوم الكساد لانه يوم الانتقال
الى القيمة ○ ولو استقرض اي الفلوس النافقة فكسدت يرد مثلها عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض
ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فيجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع
عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف يعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وعلى

وما لا يحكم

محمد نظرا في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج ولابي حنيفة ان القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند ابي يوسف يوم البيع وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول عن العين بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع ٥ ولا يجوز البيع بغير النافقة ما لم يعين اي اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانه سلع فلا بد من تعيينها ٥ ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس او دانق فلوس او قيراط فلوس جاز البيع وعليه ما يباع بنصف درهم او دانق او قيراط وقال زفر لا يجوز لانه بيع اما بقيمة نصف درهم او بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز اما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره اولى فصار نظير ما لو باع جاريته بقيمة عبد واما الثاني فلان الفلوس مقدر بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الاكثر منه بهذا الطريق وكذا في القليل او يكون اشترى ببعضه على ان يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجد في الدراهم وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كالو[illegible] بين عدد الفلوس فلنا ان نمنع ٥ ولو دفع الى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة فسد البيع في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد ولو كرر اعطني نحو او قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة صح في الفلوس اتفاقا وبطل في الفضة لان العقد تكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن ولو قال اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة

٤٥

صح في الكل وذلك لانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة فيكون النصف الا حبة مقابلا بمثله من الفضة والفلوس بالباقي وهو نصف درهم وحبة

كتاب الكفالة

هي في اللغة مطلق الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال النبي صلى الله عليه وسلم انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه وفي الشرع ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين وعند البعض هي ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة بلا دين محال وهذا لان المطالبة بايفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا الا يرى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين و يمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين وجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء والاول هو الاصح لانه يستلزم ان يجب دينان ولا يستوفى الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن الا يرى ان الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو ابراه البائع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بدين على عبده المأذون او ببيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه واما اذا امكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لان فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة فاذا وهب الدين له او اشترى به منه شيئا يجعل بقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب الا دين واحد على احدهما غير عين الا ان الاختيار لاحدهما ليس له ان يطالب الآخر لتضمنه التمليك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثيق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف آخرا وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا احترازا عن بدل الكتابة وان يكون المكفول به ممكن الاستيفاء من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصبي وكذا لا يصح من المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع بالاكثر منه ونوعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فيجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فيصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان

هي امانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم
فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هي امانة واجب التسليم كالعارية والمستأجرة او
بعين مضمونة بغيره كالمبيع فالمبيع بهلاكه لا تصح وبتسليمها تصح ولا تصح الكفالة الا ممن يملك
التبرع على ما بيناه ٥ وهي اي الكفالة نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالاول وهي اي
الكفالة بالنفس تنعقد بكفلت بنفسه اي بان يقول كفلت بنفس فلان ٥ وبرقبته ونحوهما مما
يعبر به من اعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه وعنقه وجسده وبدنه بان قال كفلت
براسه او بوجهه الى اخره ٥ وبجزء شائع منه كنصفه او عشره بان قال كفلت بنصفه
او ثلثه او ربعه ونحو ذلك جاز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد
بيناه في الطلاق ٥ وبضمنته لانه تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم
والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بعقد التمليك ٥ وبعلي لانه كلمة
على الوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ٥ وبالي لانه بمعنى
على في هذا المقام قال النبي عم من ترك كلا او عيالا فالي ٥ وبانا زعيم به لان الكفيل
يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل ٥ او قبيل به
لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق فكان وثيقة
كالكفيل ٥ لا بانا ضامن لمعرفته اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة
فلان وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة هنا
الاول انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزام دلالته عليه او قال
ادل عليه ٥ وصح اخذ كفيل بالكفيل وقال الشافعي لا يجوز الكفالة بالنفس
لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا كفل بغير امره ولانه لا يتمكن
له ولا يلزمه طاعته وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال لا يتضمنه اذنه
في ماله ليودي عنه من ماله فالنفس اولى فصار كالتزام طير في الهواء بخلاف الكفالة
بالمال لانه ان لم يكن له ولاية في مال الاخر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من ماله
ولنا قوله عم الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس والمال فيقتضي شرعيته
٥ ويجب فيها اي في الكفالة احضار المكفول به اذا طلبه المكفول له فان لم يحضره حبس
لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى
فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال الزيلعي
ينبغي ان يفصل كما فصل في الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل
بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر باول الوهلة وان
ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار هذا اذا لم يظهر عجزه و
اما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه
ولا يحول بينه وبين اشغاله جملة كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار او بالبينة وان

٤٦

علم وقت تسليمه لزمه ذلك فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب
عليه الوفاء به الى طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه
بعد حلول الاجل فان سلمه قبل ذلك برئ من الكفالة وان لم يقبله المكفول له ٥ وان غاب
المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد
والحبس للمماطلة فان مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه
وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار
كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف
ينظر ان كانت له خرجة معروفة بخروج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول
قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان
لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل منكر لزوم
المطالبة قال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان
المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان اقام
الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره
اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة ٥ وتبطل الكفالة بالنفس بموت الكفيل
والمكفول به ولو عبدا لا بموت المكفول له لان المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبرائته
توجب براءة الكفيل لانه اصل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه كما
عن التبع وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم
يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به
بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيؤخذ من ماله
ثم يرجع الورثة على المكفول عليه ان كانت الكفالة بامره والا فلا شيء لهم كما اذا ادى
هو بنفسه حال حياته واما اذا مات الطالب فلا تبطل الكفالة بل يطالب وارثه او
وصيه الكفيل لانهم قائمون مقامه في استيفائه ٥ ويبرأ الكفيل اذا سلمه اي المكفول به
حيث تمكن المكفول له مخاصمته كمصر لانه اتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة
وحصل مقصود الطالب بمثل ذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظير ما لو كفل
بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت او كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك
الوقت او قبله لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل قبل حلول الاجل يجبر
الطالب لان الاجل حق المدين فله ان يسقطه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء
لان موجب التسليم البراءة فيثبت فيه وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص
عليه ولا يبرأ بان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لان التسليم قد يكون
بحكم الكفالة او بسفارة او بطريقة الا اذا كان يطالبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى ان ينص عليه
لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا قال الطالب القبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر انه لا يقر

الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول
ويترك قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب برد العين
المغصوبة او قيمتها وكالمديون اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير امر الكفيل
حيث لا يجبر على القبول لانه اجنبي فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي وكذا يبرأ الكفيل
بتسليم وكيل الكفيل او رسوله الى الطالب وبتسليم المكفول به نفسه الى الطالب من كفالته
لان المكفول به مطالب بالتسليم ووجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود
فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه
فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته ان يقول كل واحد من هؤلاء سلمته اليك عن الكفالة
وفي لفظ المختصر ما يشهد لذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته بشرط
ان يكون التسليم من كفالته فهذا يدل على انه لا يبرأ اذا لم يقل من كفالته نص عليه
في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول نفسه في فتاوى قاضيخان
ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير امره وقال عند التسليم سلمته اليك عن الكفيل فان
قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره في
فتاوى قاضيخان ٥ فان شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لحصول المقصود والمختار في زماننا انه لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى لتهاون
الناس في اقامة الحق وان سلمه في مصر اخر غير الذي كفل به لا يبرأ عندهما
لانه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو مفيد
لاحتمال ان يكون شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرأ الا بتسليم
فيه ويبرأ عند الامام ابي حنيفة لان المقصود تسليمه على وجه يمكن من احضاره
وقد وجد واما الاحتمال فمشترك فانه يحتمل ان يكون شهوده في ذلك المصر
وكذا يحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر ان يعرف حادثته فتعارض الموهومات فبقي
التسليم سالما عن التعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة
وبرهان فابو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعدل وكانوا
يتعاونون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصره ومصر غيره وهما
قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغير احوال القضاة والحكام حتى كانوا يميلون الى
الرشوة فيكون على هذا التقدير مصره اسهل لاثبات حقوقه وان سلمه في
برية او في السواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان وكذا لا يبرأ
ان سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لان المقصود من التسليم تمكنه
من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يفيد في الحبس ٥ وان كفل بنفسه
على انه ان لم يواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به غدا لزمه ما عليه
وان مات المطلوب لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط

لزمه المال ولا يبرأ من كفالة النفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه
ولا تنتفي بوجوده الا ترى انهما لو كفلهما جملة في وقت واحد صحت ولو تنافيا
لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق
بالكفالة بالمال كالاستيثاق التوثق بكفالة نفس اخرى او بمال اخر وقال الشافعي
الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل واما الكفالة بالمال
فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه
وهذا هو القياس ولكنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
وغيره ولان باب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء
من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه
التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار
النذر وجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز
بغير متعارف عملا بالشبهين والتعليق بالموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال
وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيه فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة
ولم يواف به مع قدرته او لعجزه بموته او بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط
لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب ٥ ومن ادعى على اخر مائة دينار بينها
او لم يبينها فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا
لزمه المائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف لم يفرقا بين ان يبين المائة او لم يبينها
بان تعلق رجل على رجل فلزمه فقال له عليك حق ولم يبين عليه ما له فقال له
رجل اضمن عنه فانا الكفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي مائة درهم فادعى المدعي
واثبتها لزم الكفيل وقال محمد هو يقول ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه وله
فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور الماتريدي وهو ان الكفيل علق مالا مطلقا
بخطر حيث لم ينسبه الى ما عليه فكانت هي رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة
به فهذا يوجب ان لا يصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي اوجب
البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو ان المدعي لما لم يبين لم يصح دعواه فلم يجب
احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى ولم
تصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل
الفرع وهذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى فان المال
ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما
عليه واما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعاوى في غير مجلس القضاء
فيحملونها اجمالا ولا يستوفونها الا عند القاضي ففعل الخصوم صونا لكلامهم
الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين

اي بطلان الرهن وكفالة النفس
لم يصح لاجل ان لم يبين
المال عند الدعوى ٥

انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة
بالمال ايضا لانها مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لما عليه يصح والايفاء فيحمل عليه
تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل على انه ان لم يواف به يوم كذا فعليه للطالب
على فلان اخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد وفي القياس لا يجوز وهو قول ابي يوسف
ذكره قاضيخان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف
ولا يجبر على اعطاء كفيل بالنفس في حد وقصاص عند ابي حنيفة فان سمحت به
نفسه من غير طلب صح بالاتفاق وقالا يجبر في القصاص وحد القذف وفي غيرهما
من الحدود لا يجبر لهما ان الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس وتسليم
النفس واجب على الاصيل هنا فيصح الكفالة كما في دعوى المال بخلاف الحدود
الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا
يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به اجماعا
لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قول النبي عم لا كفالة في حد
مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء فلا يجبر على اعطاء
الكفيل فيهما بمقتضى الفساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات
ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق
على الاصيل فيصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والحق التي لا شيء حق للعبد
فيها في جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الايضاح علله عندهما وانه جعل
ذلك منه لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعي يحتاج الى ان يجمع بين
شهوده ومطلوبه فيهما يخفى المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من
الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها فلا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب
الدعوى لانه تسمع دعوى صحيحة فلا يجوز الكفالة بها اصلا وان طابت
بها نفسه وصحت فاذا لم يكفل عنه يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام
البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا ان يجبر بالحبس
وغيره من العقوبة لكن يامره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا اراد دخول
داره يستاذنه فان اذن له دخل معه وان لم ياذن له منعه من الدخول ويجلس
في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع اخر فان شهد عليه مستوران في حد
او قود حبس وكذا ان شهد عليه عدل واحد يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة
الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في
الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به اصل الحق والحبس
بتهمة الفساد مشروع لان النبي عم حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث
لا يحبس فيه ما لم يثبت لانها نهاية للعقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة تامة خلافا لهما وقيل

انه لا يحبس في الحدود والقصاص لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة وصح الرهن
والكفالة بالخراج لانه دين مطالب بخلاف الزكوة لانها مجرد فعل وانما اورد هذه المسالة
هنا وان كان الحق ان يذكر في الكفالة بالمال لانه في ذكر الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
وللخراج مناسبة بالحدود لما عرف في اصول الفقه ان فيه معنى العقوبة فلهذه المناسبة
اورده هنا ليعلم ان محمدا ذكره في الجامع الصغير عطفا على الكفالة بالنفس بناء على صحة
الكفالة فيه والكفالة بالمال صحيحة ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بتكفلت عنه بالف
او بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع وهذا يسمى ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق اي يضمن الثمن
اذا استحق المبيع وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر يستحق من المبيع
وكفى به حجة وشرط ان يكون دينا لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة
به وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه القصاص لان الارش دين
صحيح لا يسقط الموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح الا يرى ان المكاتب يملك
اسقاطه وكذا لو علقها اي الكفالة بشرط ملائم لا بمطلق الشرط والملائمة تثبت
بكون الشرط سببا للوجوب كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا او ما غصبك او ما
ذاب لك عليه او ان استحق المبيع فعلي الثمن وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم
زيد وهو مكفول عنه وكشرط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب عن البلد فعلي ما
عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله
تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه التمسك بالاية انه علق الكفالة
بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل وهي المجيء بالصاع وشريعة من قبلنا
شريعة لنا ما لم تنسخ وان علقها بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر بطل التعليق وكذا
ان جعل احدهما اجلا اي لو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح او مجيء المطر بطل
التاجيل فتصح الكفالة ويجب المال حالا وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط
ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تاجيلها
الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها محتملة كالتاجيل الى العطاء وقدوم الحاج
ولا يجوز الى هبوب الريح ونزول المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس
حالا وللطالب مطالبة اي شاء من كفيله واصيله وكذا له ان يطالبهما معا لان
موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط
براءة الاصيل فيكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل
يكون كفالة لان العبرة للمعنى دون اللفظ ولو طالب المكفول له احدهما اي الكفيل والاصيل
له مطالبة الاخر بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما
يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي فلا يمكنه التمليك من الاخر بعد ذلك وفي المطالبة
بالكفالة لا تمليك ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء فان كفل بماله عليه فبرهن

على ألف لزمه يعني إذا تكفل رجل بماله على فلان فأقام الطالب البينة على أن له
عليه ألف درهم لزم الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا وإن لم يقم فلا
يجب عليه شيء لأن قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا
على الكفيل لأنه مدع فلا يقبل قوله إلا ببينة وإن لم يقم البينة أي إن لم يقم الطالب
بينة صدق الكفيل فيما أقر به مع يمينه ولا ينفذ على المطلوب على الكفيل يعني
إذا أقر الكفيل بشيء والمسألة بحالها وادعى الطالب الأكثر من ذلك كان القول قول الكفيل
لأنه منكر وصدق الأصيل وهو المكفول عنه في إقراره بالأكثر منه أي مما أقر به
الكفيل على نفسه خاصة ولا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لأن الإقرار
على الغير لا ينفذ إلا إذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما إذا قال ما ذاب لك على فلان
فعلي فأقر فلان على نفسه بألف مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به
المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه إلا ما يثبت وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرر
له عليه في المستقبل وقد تقرر عليه بإقراره وهذا لأنه تكفل بما سيجب له عليه بشرط
الوجوب عليه فيما يأتي بأي طريق كان ولو تكفل بما عليه في الحال فإذا أخبر الطالب أو
المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم يقم البينة وتصديق المطلوب وهو في نفسه
لإقراره عليه كالمريض إذا أقر بدين بعد إقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه
حتى إذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للمقر له ٥ قال كفل بأمره لا يرجع عليه بما
أدى عنه لأنه متبرع بأدائه وإن أجازها المكفول عنه بعد العلم لأن الكفالة
انعقدت غير موجبة للرد لا ينقلب موجبة أبدا وإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه
لأنه قضى دينه بأمره معناه إذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه
وغير عبد محجور عليه أما إذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيادا فأدى زيوفا
أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة
الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه
له حال حياته وهي جائزة للكفيل وإن كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لأنه ينقل
الدين إليه مقتضى الهبة ضرورة ولا نقله بالحوالة أو بجعله نائبا للضرورة
أو يقول بوجبه عليه للضرورة فلا يجب عليه أن يسامح الأصيل بخلاف المأمور بقضاء
الدين حيث يرجع بما أدى لأنه أدى إذا أدى من الدين وإن أدى أجود منه لا يرجع إلا
بالرديء لأنه لم يلتزم ولا يجب عليه شيء في ذمته وإنما ثبت له حق الرجوع بالأداء
بأمره وهذا لم يوجب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدى ما لم يخالف بأمره بالزيادة
أو بأداء جنس آخر وبخلاف ما إذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع إلا
بقدر ما أدى لأن الصلح على الأقل إبراء فيكون إبراء عنه لا تمليكا إلا إذا صالحه على أن يهبه
الباقي ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لأنه ملك الدين كله بعضه بالأداء وبعضه

بالهبة وأما إذا تكفل بأمر الصبي والعبد المحجور عليهما فلأن الأمر بالكفالة استقراض
منه من المأمور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وإنما لزم الكفيل المال بالتزامه
لأن صحة الكفالة يعتمد الالتزام بأسبابه لا أمر الآمر بخلاف الصبي والعبد المأذون
لهما لأن أمرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيحة وإن لم يملكا أن يتكفلا عن أحد
لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل ولا يطالبه أي ولا يطالب الكفيل المكفول عنه
بالمال قبل الأداء إلى المكفول له لأنه التزم المطالبة وإنما تملك الدين بالأداء فلا
يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الوكيل من الموكل
بمنزلة البائع من المشتري فيما يرجع إلى الحقوق لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو
اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل إلى أن يوفي الثمن
كما كان ذلك للبائع إذ هو يستفيد الملك من جهته فكذا له أن يطالب بالثمن قبل أن يؤدي
كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه إذا باع المبيع قبل أن يوفي الثمن إلى البائع منه
فإن لوزم فله ملازمته أي إن لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الأصيل حتى
يخلصه وإن حبسه فله حبسه أي إن حبس الطالب الكفيل فللكفيل أن يحبس المكفول عنه
لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله مثله حتى يخلصه
من ذلك إذ تخليصه واجب عليه ٥ ويبرأ الكفيل بأداء الأصيل لأن الأصيل يبرأ
بالأداء وبراءته توجب براءة الكفيل لأنه ليس عليه دين في الصحيح وإنما عليه
المطالبة فقط ويستحيل أن تبقى المطالبة بدون الدين وإن أبرأ الطالب الأصيل
أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه أيضا لما ذكرنا أنه ليس عليه إلا المطالبة وهي
تبع للدين فيسقط بسقوطه وتتأخر بتأخيره بخلاف ما إذا تكفل بشرط براءة الأصيل
ابتداء حيث يبرأ الأصيل وحده دون الكفيل لأن الكفالة فيه صارت عبارة عن
الحوالة مجازا واللفظ إذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه
وبراءة المحيل لا توجب براءته على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين قطعا في رواية ولهذا كان
تشهد به الأمور أنه لو توى يرجع عليه وإذا مات المحيل كان المحتال أسوة الغرماء
في مال المحتال به كان إذا مات وعليه دين له ولغيره وإن أبرأ الكفيل أو أخر عنه
لا يبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه لأن الكفيل ليس عليه دين وإسقاط المطالبة أو
تأخيره لا يوجب سقوط الدين ولا تأخيره ألا ترى أن للدين وجودا بدونه ابتداء
فكذا بقاء بخلاف من كفل بالمال الحال مؤجلا إلى وقت معلوم حيث يتأجل عن الأصيل
أيضا لأنه لا مطالبة على الكفيل حالا لوجود الكفالة فانصرف الأجل إلى الدين
٥ ولو صالح الكفيل الأصيل عن الألف على خمسمائة برئا أي الكفيل والأصيل أما إذا
صالح الأصيل فظاهر لأنه بالصلح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا
وأما إذا صالح الكفيل فلأنه أضاف الصلح إلى الألف أضافه إلى ما على الأصيل

لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على ما بيناه فيبرأ الاصيل عن الدين ضرورة
اضافة الصلح الى الالف فبرئ ثم توجب براءة الكفيل ويرجع الكفيل بخمسمائة التي اداها
فقط ان كفل بامره ولو كان المكفول به جيدا فادى رديا يرجع بالمكفول به لانه ملكه بالاداء
فينزل منزلة الطالب وان صالح على الالف بجنس اخر يرجع بالالف لانه مبادلة فملك ما في
ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه وان صالح عن موجب الكفالة برئ هو وحده لا الاصيل لان
موجبها المطالبة وابراء الكفيل عنها لا يوجب ابراء الاصيل ٥ وان قال الطالب للكفيل بالامر
برئت الي من المال رجع على اصيله لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراءة التي
يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بايفاء منه فصار كانه قال دفعت
الي او نقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على احد منهما لاقراره بالاستيفاء
من الكفيل وكذا في قوله للكفيل برئت يرجع عليه عند ابي يوسف لانه لا يحتمل الا البراءة
بالقبض لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يبتدأ المطلوب الا بشيء
الا بالاداء خلافا لمحمد هو يقول لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفاء منه
لان قوله برئت من غير ان يقول الي يحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت به الرجوع بالشك وفي ابرأتك
لا يرجع لانه اسقاط لا اقرار منه بالقبض الا يرى انه لا يناسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك
الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا ادى او وهبه الطالب وبخلاف الوكيل
بالشراء اذا ابرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به الموكل لانه ملكه ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان
الطالب غائبا وان كان الطالب حاضرا يرجع اليه في البيان في الكل لانه المجمل او برؤه ليزيل
الاحتمال او يثبت حكمه ٥ ولا يصح تعليق البراءة من الكفالة بالشرط كسائر البراءات لان فيها
معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر
وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها
وسيلة اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط والمختار الصحة لان الثابت فيها
على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق
ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل
حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو تأخير حق المطلوب فيرتد بالرد بخلاف الابراء
عن الدين لان فيه معنى التمليك ٥ ولا يجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه من الكفيل
كالحدود والقصاص لان الكفالة انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه ولا تجري
النيابة في العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها
على غير الجاني لعدم الفائدة ولا الكفالة بالاعيان المضمونة بغيرها لان الكفالة
كالمبيع والمرهون لان الكفالة من شرط صحتها ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث
لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل
فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض

ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب عليه شيء بل ينفسخ
البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه ولا الكفالة بالامانات كالوديعة والمستعار
والمستأجر ومال المضاربة والشركة لان الامانات ليست بمضمونة على الاصيل لا عينا
ولا تسليما فلا يكون حملها مضمونة على الكفيل ولا الكفالة بدين غير صحيح كبدل الكتابة
حر كفل به او عبد لانه دين على المكاتب حيث لو عجز يسقط عنه ولا يمكن اثباته على
الكفيل كذلك وكذا بدل السعاية لا يجوز فيه الكفالة عند الامام ابي حنيفة وعندهما
يجوز ولا الكفالة بالحمل على دابة معينة مستأجرة او بخدمة عبد معين استؤجر للخدمة
لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة
معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة لانه اتى
بغير المعقود عليه الا يرى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا
ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين يعني اذا كانت الدابة غير معينة حيث
يجوز فيه الكفالة لان الكفيل يقدر ان يحمله على دابة نفسه وكذا لو كان العبد غير معين
يجوز فيه الكفالة لقدرة الكفيل ان يخدمه عبد نفسه او عبد اخر باجارة ولا الكفالة
عن ميت مفلس عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يجوز عندهما لما روي ان النبي عم اتي
بجنازة رجل من الانصار فقال هل عليه دين قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من
الصلوة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام قتادة وقال هما علي يا رسول الله وفي رواية
قال ذلك علي فصلى عم عليه ولان الدين واجب عليه في حيوته وهو لا يسقط الا بالايفاء
او الابراء او انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حكم
الاخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع
وكذا يبقى اذا كان به كفيل او ترك مالا وله ابي حنيفة انه كفل بدين ساقط لان الدين هو
الفعل حقيقة بما لا يجب عليه الدين اي اداؤه كما يقال وجبت عليه الصلوة ويوصف به
الاداء والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال او لم يكن له مال في حق احكام الدنيا
وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق احكام الدنيا ليتحقق معنى الكفالة وهو ضم
الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل
تبعا فلا يضم الموجود الى المعدوم ولانه في الحكم مال لانه يؤول اليه اذ الوجوب لاجله وقد
عجز عن الاداء بنفسه وبخلفه من المال والكفيل فات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى و
التبرع لا يعتمد قيام الدين لانه تبرع في حق الاخرة لان الدين باق في حق الطالب لانه مرتهنا
واما الكفالة فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزام ما على الاصيل وما رواه كان اقرارا منه
بانه كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون وعدا منه لا كفالة فاصله انه حكاية حال
لا يمكن الاحتجاج به ولا قبول الطالب في المجلس اي لا يجوز الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس
عقدها وقال ابو يوسف يجوز مع غيبته اذا بلغه فاجاز والخلاف في الكفالة بالنفس

والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد
القيام من المجلس فاجاز جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في
احدهما دون الآخر ووجه قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير ان يجب
بمقابلته على غيره شيء فيصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته ليس عليها
ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر ووجه قوله الثاني انه
تصرف للغير فيتوقف على رضاه كسائر العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام
عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عند الاجازة بعبارة
واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما اشترط الاجازة عنده في اللزوم دون الانعقاد
الا ترى ان البيع لما كان ينعقد عنده بعبارتين كان كذلك في الفضولي ولهما
انه عقد على الغير فشطره لا يتوقف على ما وراء المجلس كسائر العقود ولانه تبرع على
الطالب بالالتزام وانشاء سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه
كالهبة والصدقة ولا يقوم مجرد عبارته قائما مقام عبارتين حتى يكون كقبول الآخر
لعدم ولاية عليه فيتعين الالغاء ولانه قد يكون ضررا عليه بان يرافعه الاصيل
الى من يرى براءته من القضاة بالكفالة لان العلماء مختلفون فيها فيعود ضررا عليه
فلا يصح بدون قبوله بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد وانما هو اخبار عن شيء واقع فيقبل فيه
قوله في حق نفسه اذا لم يتضمن ضررا باحد قال الا المريض لوارثه تكفل عني بما علي فتكفل
مع غيبة الغرماء جاز اتفاقا ولو قال لاجنبي اختلف المشايخ يعني لا تجوز الكفالة الا
بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه او لبعضهم
تكفل عني بما علي من الدين لغرمائي فتكفل عنه مع غيبة الغرماء فانه جائز استحسانا
وان كان القياس يابى على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة
ووجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم
المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا يصح اذا لم يخلف مالا
ولان المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته بقضاء الدين
من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى ينتقض
تصرفاته فيه وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا
الخطاب مقام الطالب او نائبه كان الطالب قال اضمن عني فلانا او كانه حضر وقبل وانما يصح
الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يراد به
تحقيق الكفالة فصار كالامر في النكاح وقيد بقوله لوارثه لانه لو قال لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه قيل
لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقيل
يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته فيصح هذا
من المريض على ان لا يجعل قائما مقام الطالب لتضمنه الحاجة اليه لكونه على شرف الهلاك ومثل

ذلك لا يوجد من الصحيح فوجد فيه القياس قال وتجوز الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها
كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والمبيع فاسدا فانها مضمونة حتى اذا هلك عنده
يجب الضمان عليه وكذا تجوز الكفالة بتسليم المبيع الى المشتري والمرهون الى الراهن لان
تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه ما دام قائما يجب
عليه تسليمه وان هلك يبرأ كالكفالة بالنفس قال وكذا تجوز الكفالة بالثمن لانه دين صحيح مضمون
على المشتري **فصل** ولو دفع الاصيل المال الى الكفيل قبل دفع الكفيل الى الطالب لا يسترجع
منه اي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه
ان يسترد منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام
هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكوة ودفعها الى الساعي وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد
الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو
ان يصير زكوة وثمنا عند حولان الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قائما لا يسترد ولانه
ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضاء واخذه الكفيل على وجه الاقتضاء
بان قال له وقت الدفع اني لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال
قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ
هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة في يده و
لكن لا يكون للاصيل ان يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو
بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسئلة الاولى ولانه بالكفالة
وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو اخذ الكفيل من
الاصيل رهنا به جاز وكذا لو ابرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين او وهبه له قبل
ان يدفع الى الطالب جاز حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع فثبت بهذا ان للكفيل دينا
على الاصيل الا انه ليس له ان يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه
بالاستعجال يملكه فكذا هذا ثم بالاسترداد يريد نقض ما تم من جهته فلا يمكن منه وما
ربح فيه الكفيل فهو له اي اذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي هو
الطالب طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء
قضى الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا انه تأخر مطالبته
به حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بيناه الا ان فيه نوع خبث
اذا قضى الاصيل الدين عند ابي حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع
وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على
وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول ابي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول ابي يوسف
يطيب لعدم التعين واصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة وردها الى المطلوب احب
اي رد الربح على المكفول عنه احب ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر وهذا اذا قضى

الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به خلافا لهما حيث يطيب
له الربح عندهما وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على ما ذكرنا ما لو اقتضى دينه
المؤجل وربح فيه وله ان الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاءه قاصر
الا يرى ان المكفول عنه بسبيل من قضاء دينه واسترداد العين المقبوضة فلا
يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق في رواية على الفقراء وفي رواية يرده
على الاصيل لان الخبث لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا
ففيه روايتان والاشبه ان يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضاء لانه
وان دفعه اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح لانه لا يملكه ويتعلق العقد
بعينه لتعينه فتكون الحرمة فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف
ما لا يتعين عند ابي يوسف وقد بيناه من قبل ● ولو امر الاصيل الكفيل ان يتعين
عليه ثوبا ففعل فالثوب للكفيل والربح عليه تفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيع
العينة وهو ان يقول له اشتر من الناس ثوبا او غيره من الانواع ثم بعه فما ربحه
البائع منك وخسرته انت فعلي وصورته ان يأتي هو الى تاجر فيطلب منه القرض و
يطلب التاجر الربح ويخاف من الربو فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة
عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق بعشرة فيصل الى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر
الى اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ
الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ
عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الامر شيء من ذلك لانه اما ضامن للخسران
نظرا الى قوله علي او للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي
واما توكيل بالشراء كما قاله البعض نظرا الى الامر فلا يجوز ايضا لجهالة نوع الحرير
وثمنه وسمي هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اي
نسيئة من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانه بيع العين بالربح وقيل
هي شراء ما باع باقل مما باع وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه
لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم
شرعا اخترعه اكلة الربو قال النبي عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم
وظهر عليكم عدوكم ○ ومن كفل بما ذاب له على غريمه او بما قضي له به عليه فغاب الغريم
فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لم يقبل لانه كفل بما لا يجب في
المستقبل بالقضاء او باي سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغائب لا يجوز
فلم يوجب شيئا ولم يوجد شرطه ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لا يجب
على الكفيل لان اقراره لا يوجب على الاصيل وشرط الكفيل في هذه الكفالة الوجوب
على الاصيل فكذا القضاء وهو غائب ولانه يحتمل ان يكون واجبا عليه قبل الكفالة

فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك
حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم له عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة
فاقام البينة قبلت بينته لانه ادعى عليه مالا دخل في الكفالة ولزمه المال ● ولو برهن
ان له على زيد كذا وهذا كفيل به بامره قضي به عليهما ولو بلا امره قضي على الكفيل فقط
اي لو احضر شخصا عند القاضي فاقام البينة ان له على زيد الغائب الف درهم وان
هذا الشخص كفيل عنه بامره قبلت البينة وقضي على الاصيل والكفيل جميعا ولو اقام
البينة انه كفل عنه بغير امره قضي على الكفيل فقط ولا يقضى على الغائب لان المدعي هنا
مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما تختلف بالامر وعدمه لانهما
يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء
وانتهاء فالقضاء باحدهما لا يكون قضاء بالاخر واذا قضى بها بالامر ثبت وهو يتضمن
الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد
قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى
على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره
ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البائع بالثمن
اذا استحق المبيع وان كان في زعمه ان البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على
الغائب اذا كانت الكفالة بامره والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم
يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب جوز القضاء على الغائب كما اذا ادعى
عبد ان الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشراء والاعتاق
كان الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما
عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشراء والاعتاق نفذ على الغائب حتى اذا حضر ليس
له ان يدعيه ● وضمان الدرك للمشتري عند البيع تسليم يبطل دعوى الضامن المبيع
بعد ذلك معناه اذا باع رجل دارا من رجل وكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك وهو ضمان
الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم المبيع واقرار منه انه لا حق له فيها حتى
لو ادعى ان الدار ملكه او ادعى فيها الشفعة او الاجارة لا يسمع دعواه لان الكفالة
ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل في المجلس فاذا قبل فقد تم
بقبوله ثم ادعى الملك او غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض
ما تم من جهته ضل سعيه في الحيوة الدنيا وان لم يكن مشروطة في البيع فالمطلوب
من هذه الكفالة اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيه المشتري الا بالكفالة
فيضمن الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البائع كان مالكا لها وقت البيع فلا
يصح دعواه بعد ذلك وكذا لو كتب شهادته وختم على صك كتب فيه باع ملكه
او باع بيعا باتا بطلت دعواه بعد هذه الشهادة لان شهادته تكون اقرارا

يستفاد بجميع باتفاق الروايات لان العاقد يستبد بتصرفه لصحته فيصير كانه قال لا ابيعه و
هو ملكه او باع بيعا باتا نافذا بخلاف ما لو كتب اي شهادته على اقرار العاقدين بجريان
البيع لان الاقرار بعده هذه الكتابة لعدم التناقض ● وضمان الوكيل بالبيع الثمن لموكل
باطل وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال يعني اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه
الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري
لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت
الموكل ولا بموت رب المال ويعزله ولو وكل الموكل او رب المال بقبض الثمن ثم عزله يصح عزله
ولو ابرأ الثمن وجب للوكيل او للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد
وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فترجع الحقوق اليه
والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اقتصر المطالبة به ولو
حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث
فاذا ثبت ان الوكيل اصيل في القبض فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول
والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر
لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الامر عن قبض البدل صح نهيه ● وضمان
احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة يعني اذا باع رجلان عبدا
مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه
يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري او الكفيل من الثمن الا وللشريك
فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ القسمة
عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على حدة
وذلك لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا
يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم يصح قسمته يكون كل شيء يؤديه الى شريكه مشتركا
بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع بنصف الباقي
الى ان لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجويزه ابتداء ابطاله انتهاء ● وصح لو باعه
بصفقتين بان سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان احدهما فيه للاخر
لان نصيبه كل واحد منهما يمتاز عن نصيب الاخر فلا شركة الا ترى ان للمشتري لو قبل
نصيب احدهما ورد نصيب الاخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد حصة احدهما له ان
يقبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من المشتري او بعضه لا يشاركه الاخر
وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز
لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة وامتناع
الكفالة لا يدل على امتناع التبرع الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة لا يجوز
ويجوز التبرع به ● وضمان الدرك والخراج والقسمة صحيح اما الدرك فان ضمانه صحيح لانه

عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو مطلوب مقدور التسليم واما الخراج فلانه
دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن
الذب والاستحفاظ والحماية عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة في
الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو
هلك لا يؤخذ منه شيء والكفالة بالاعيان غير مضمونة لا يجوز ولان الواجب فيها فعل
هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا يجوز الكفالة
بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان
يوظف الامام كل سنة مالا على ما يراه لا خراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة
الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز
في كل موضع تجوز الكفالة فيه وأما القسمة فقد قيل هي ما اصاب الواحد من النوائب لان
القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد به النصيب وقيل هي
النوائب بعينها التي ذكرها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوائب ما ليس براتب وما يوظفه
الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شيء وقيل هي ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه
وبين صاحبه فيضمنه انسان لانها واجبة وكذا ضمان النوائب سواء كانت بحق ككري النهر
المشترك واجرة الحارس والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى او بغير حق كالجبايات
التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق فما كانت بحق جازت الكفالة فيه بالاتفاق
لانه واجب مضمون وما كانت بغير حق ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة
به منهم صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين
وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم فخر
الاسلام على البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة
للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على
المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى نائبة غيره
بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره ● وضمان العهدة باطل
وصورته ان يشتري عبدا من رجل فضمن للمشتري رجل العهدة وانما لا يجوز
لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهد
وهو ملك البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر
عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانها مأخوذة من العهد والعقد والعهد واحد
وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط وفي الحديث
عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل
الضمان للجهالة بخلاف الدرك لما ذكرناه ● وكذا ضمان الخلاص اي لا تجوز الكفالة
بالخلاص عند ابي حنيفة خلافا لهما لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر

عليه وكذا الثمن ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وهو حسن
يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه
ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان
اجاز المستحق البيع او رد الثمن ان لم يجز • ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب
حالا فالقول للكفيل يعني اذا اقر انه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل وصدقه المقر له
وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر لانه اقر بثبوت حق المطالبة
بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله • وفي الاقرار
للمقر له يعني اذا اقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث
يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل
فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بان
كان الدين مؤجلا على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت فيه الا بشرط فكان القول
لمن ينكر العوارض وفي النوع القول للمقر لانه صفة للدين والحيلة فيما اذا كان عليه
دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر والمؤاخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا
الذي تدعيه من الحال حالا او مؤجلا فان قال مؤجلا فلا دعوى عليه في الحال وان قال
حالا فينكره وهو صادق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا ان انكر الدين
وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا باس به اذا لم يرد به اتواء حقه • ولا يؤخذ ضامن الدرك
ان استحق المبيع ما لم يقض بثمنه على بائعه يعني من اشترى امة مثلا وكفل به رجل
بالدرك فاستحق لم ياخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان الكفالة
بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه
ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري ومجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا
لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على
البائع ولم يخرج عن ملكه لان بينة المستحق مقبولة الا ترى انه لو كان ثمنه عبدا فاعتقه البائع
في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحقت من يد الثاني
ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك
واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن
فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع
على البائع والكفيل به وعن ابي حنيفة ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة
من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض
صريحا فلا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه
بعد القضاء بطلانه وعن ابي يوسف انه ان اخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان
اخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول • باب كفالة الرجلين والعبدين

دين عليهما وكفل كل عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به على الآخر الا اذا زاد على النصف
معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بان اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه
فما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع
بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف كفيل فما يؤديه ينصرف
الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة لان الاول دين و
مطالبة والثاني مطالبة فقط فلا تعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشراء
اقوى من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله
وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين
وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا وكان الاول فلا يعارضه الضعيف
ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع
ولو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا
يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا
ليس له ان يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الآخر
وادى الكفيل فجعله عن صاحبه يصدق • ولو كفلا بمال عن رجل وكفل كل منهما به عن صاحبه
فما اداه رجع بنصفه على شريكه او بكله على الاصيل لو بامره معناه اذا كان على رجل دين
الف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من
الرجلين عن صاحبه ما لزمه بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جائزة كما تجوز عن الاصيل فما ادى
احدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجع هو
بالكل على الاصيل لانهما استويا فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون
المؤدى شائعا فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء وقد
حصل برجوع احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع عليه بما اداه
لما اقتضاه العقد اذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو العزم بخلاف المسالة
الاولى لان الترجيح فيها ما حصل من الابتداء فلا يفضي الرجوع فيؤدي الى الدور ثم
يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامره احدهما بنفسه والآخر بنيابته وان شاء
المؤدي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل الجميع بامره هذا اذا كفل كل واحد منهما عن الاصيل
بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا تكفل كل واحد منهما
بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهو كالمسالة الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه
بما ادى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم تكفل كل واحد
منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو تكفل
كل واحد عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف • وان ابرا الطالب
احدهما اخذ الآخر بكله لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل

وان ضمن كفيل عنه بكله فيأخذه به • ولو فسخت المفاوضة فلرب الدين ان يأخذ من شاء من
شريكيها بكل دينه حتى لو افترق المتفاوضان وعليهما دين اخذ الغريم ايهما شاء بكل الدين لان
كل واحد منهما كفيل عن الآخر وما اداه احدهما لا يرجع به على الآخر ما لم يزد به على النصف
لانه بينهما في الوجهين • كفالة المكاتبين • وان كوتب العبدان بعقد واحد وكفل كل عن صاحبه
رجع كل على الآخر بنصف ما ادى وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة
المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى
فصار كما اذا اختلف كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر
الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى
وفي حق نفسه وعتق الآخر معلق بادائه فتطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال الا انه
لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما
كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى ينقسم عليهما فصارت كفالته بما
عليه اصالة وكفالة المكاتب بما عليه اصالة جائزة فكان كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا
عن صاحبه الكل فلا يظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فتتقدر
بقدرها حتى يكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم
الكفالة فان ادى احدهما شيئا رجع على كل البدل فيرجع بنصف ذلك على صاحبه
لاستوائهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت
كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة
الى تصحيحه لما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة
وكل واحد كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثاني ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف
ولم ينص على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق باداء حصته لان المقابلة
المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة على انهما ان ادياها عتقا وان عجزا
ردا في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل
الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته وهذا
ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشيء
بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع
المال الى المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق
عند ادائهما جميع المال نصا فلو عتق احدهما باداء حصته كان مخالفا للشرط وما استدل به زفر
ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال
الى المولى لا يعتق واحد منهما • وان اعتق السيد احدهما قبل الاداء صح وله ان يأخذ
حصة الآخر منه اصالة او من المعتق كفالة ويرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه
معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق

لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض
بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط حصته ويبقى
على صاحبه حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد
منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل العتق استغني عنه فاعتبر مقابلا
برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة ما ذكرنا ويأخذ بحصة
الذي لم يعتق ايهما شاء فان شاء اخذ المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه
بالاصالة فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الآخر لا لان غير المعتق
اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع به عليه •
ولو كان على عبد مال لا يجب عليه الا بعد عتقه وهو دين لم يظهر في حق المولى كما
اذا لزمه باقراره او استقرض او وطئ بشبهة او استهلك وديعة فانها لا تظهر
في حق المولى فلا يؤخذ العبد بها في الحال لان هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم
ظهورها في حق المولى ولو يؤخذ بها العبد بعد عتقه فكفل به رجل كفالة مطلقة
عن قيد الحلول والتأجيل لزم الكفيل حالا لوجود السبب وقبول الذمة وان ادى
الكفيل لا يرجع على العبد الا بعد عتقه ان كان بامره لان ما في يده لمولاه و
لم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر بخلاف ما لو كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم
الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بالدين المؤجل • ولو ادعى رقبة عبد فكفل
به رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن الكفيل قيمته • ولو ادعى على عبد
مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل والفرق ان في الثانية تكفل
عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبرئ الكفيل
برأة الكفيل على ما بيناه من قبل ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول به حرا
او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعي غصب العبد
على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على
ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان اثبت المدعي
بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر
بها ان العبد ملكه بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله لان
اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه •
ولو كفل سيد عن عبده بامره او عبد غير مديون عن سيده فعتق فادى احدهما
لا يرجع على الآخر قيد بان يكون العبد غير مديون لان امر المولى بالتكفل يصح
اذا لم يكن عليه دين الا يرى ان له ان يجعله كفيلا بالدين ولو اقر عليه بالدين ينفذ
اقراره وله ان يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال
حق الغرماء واما كفالة المولى عن العبد فصحيحة كيفما كان وقال زفر يرجع كل واحد

مبنيا على صاحبه اذا ادى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق الموجب للرجوع ولولا المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستوجب على الاخر دينا فلا ينقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره فبلغه فاجاز فانه لا ينقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر اموال المولى وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

كتاب الحوالة

هي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله وفي الشرع نقل الدين من ذمة الى ذمة وتصح الحوالة في الدين لا في العين برضى المحتال اي الدائن والمحتال عليه اي من يقبل الحوالة وقيل لا بد من رضى المحيل ايضا وهو المديون وهي مشروعة باجماع الامة وقول النبي صلى الله عليه وسلم من احيل على ملي فليتبع والامر للاتباع دليل الجواز ولانه التزام ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي وانما اشترط رضى المحتال والمحتال عليه لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم من هو على العكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحتال عليه يلزمه المال وتختلف عليه الطالب والناس يتفاوتون فيه فمنهم من يتعسف فيه ويستعجل ومنهم من يساهل ويمهل ولم يذكر رضى المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما اشترط رضاه للرجوع عليه او ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون رضى المكفول عنه وصورة الحوالة ان يقول رجل للطالب ان لك على فلان كذا من الدين فاحتله عليه فرضي بذلك الطالب صحت الحوالة وبرئ الاصيل وصورة اخرى كفل رجل عن رجل بغير امره بشرط براءة الاصيل وقبل المكفول له ذلك صحت الكفالة وتكون هذه الكفالة حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول فلا ياخذ المحتال من تركته لكن ياخذ كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة التوى ولا يرجع عليه اي على المحيل المحتال الا اذا توى حقه وهو اي التوى يكون باحد هذين الامرين اما بموت المحتال عليه مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه وانما يكون ذلك او بانكار المحتال عليه الحوالة وحلفه ولا بينة عليه للمحيل ولا للمحتال وان قال المحتال مات المحتال عليه مفلسا وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو معسرا وانكر اليسار ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة وعندهما بتفليس القاضي اياه يكون توى ايضا لانه عجز عن الاخذ

منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا يرى انه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا او بالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه • وتصح الحوالة بالدراهم المودعة اي اذا كان له وديعة دراهم عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحوالة لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فيبرأ المحتال عليه بهلاكها لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها وتصح ايضا بالمغصوب ولكن لا يبرأ بهلاكها لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا يضمن بان استحق بالبينة صار مثل الوديعة واذا قيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب لا يطالب المحيل المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته يعني ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغي ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما في الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذي بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه وان لم يقيد بشيء فله المطالبة اعلم ان الحوالة اما مطلقة او مقيدة اما المطلقة فهو ان يرسلها ارسالا لا يقيد بدين له على المحتال عليه ولا بعين له في يده او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له واما المقيدة فهو ان يكون للمحيل مال عند المحتال عليه من وديعة او غصب او عليه دين فاحال الطالب عليه بالالف التي له على ان تؤدي من المال الذي لي عليك وقبل المحتال عليه ولا تبطل الحوالة باخذه ما على المحتال عليه من الدين او عنده من العين كالمغصوب والوديعة سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اما الاول فلان الاطلاق ينافي تعلق الحق بخصوصيات ما عنده او عليه والبطلان يتعلقه واما الثاني فلان المحيل ليس له ان ياخذ من المحتال الا ان دفع اليه المحتال عليه فبعد دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه • واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال المحيل احلت بدين لي عليك لا يقبل قول المحيل بلا حجة اطال رجل رجلا على اخر بمائة فدفع المحتال عليه الى المحتال ثم طلب المحتال عليه تلك المائة من المحيل فقال المحيل انما احلته بمائة لي عليك والمحتال عليه ينكر ان عليه شيئا فالقول قول المحتال عليه لا للمحيل

ولا يكون قبول الحوالة اقرارا من المحتال عليه بمائة لان الحوالة تصح من غير ان يكون
للمحيل على المحتال عليه شي • ولو طالب المحيل المحتال بما احال فقال احلتني بدين
لي عليك لا يقبل بلا حجة يعني اذا قال المحيل للمحتال اعطني ما قبضته من فلان فاني
احلتك لتقبضه لي وانت وكيلي في قبضه فقال المحتال احلتني بدين لي عليك
فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو منكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار
من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة
مستعمل في الوكالة • ويكره السفتجة وهي بضم السين وفتح التاء وجمعه السفاتج معرب
وهي شي محكم وسمي هذا القرض بذلك لاحكام امره وهي اقراض لسقوط خطر الطريق صورته
ان يقرض ماله اذا خاف عليه الضياع ليرد عليه في موضع الامن وانما كره لانه ع
النبي عم نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فيه فلا باس به

كتاب القضاء

القضاء في اللغة الاتقان والاحكام وفي الشرع فصل الخصومات والقضاء بالحق
من اقوى الفرائض واشرف العبادات وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها
هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا
تتبع اهواءهم والحاكم نائب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم من
الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف و
النهي عن المنكر ونحو ذلك من الصفات الحميدة على الخلق كالحبيب ومعاينته لا يخفى
على احد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد • واهله من هو اهل للشهادة لان كل
واحد منهما يثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم
والحاكم بحكمه يلزم الخصم وشرط اهليته شرط اهليتها فمن صلح شاهدا صلح قاضيا
فكلاهما من باب واحد فيستفاد احدهما من الاخر والفاسق اهل له كما هو اهل للشهادة
ويصح تقليده ويجب ان لا يقلد اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته لوسطه فسقه حتى لو
قلد كان المقلد اثما كما يصح شهادته لوجود اصل الاهلية ويجب ان لا تقبل حتى
لو قبل القاضي وحكم بها كان اثما لكنه ينفذ • ولو فسق العدل باخذ الرشوة يستحق
العزل لوجود سبب الاستحقاق وقيل ينعزل لان المقلد اعتمد عدالته فلم يرض بقضائه
بدونها وقال قاضيخان اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى ولا ينعزل في ظاهر
المذهب وعليه مشايخنا اذ لم يشترط العزل عن التقليد بتعاطي المحرم وسمي الحزل فيعزل به
من له الامر هذا تقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام
البزدوي وعن علمائنا الثلثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول لان العدالة
شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح وقال الشافعي لا يجوز الا
ان يكون عالما عادلا مامونا لقوله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلثة قاضيان

في النار وقاض في الجنة الحديث ففسر القاضيان احدهما جاهل يحكم بالجهل و
الاخر عالم يحكم بالجور والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضاء
بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق غير مامون
ولنا ان المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالجاهل بفتوى غيره والحجة
له في الحديث فانه عم سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا
ولان الصحابة رضي الله عنهم اجازوا احكام من تغلب من الامراء وجاروا وتقلدوا
منه الاعمال وصلوا خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك • ولو اخذ
القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا خلاف العادية القاضي اذا اخذ القضاء
بالرشوة هل يصير قاضيا اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ
قضاؤه • والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول
في الديانات وجه الاول انه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ • ولا ينبغي ان يكون القاضي
فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون موثوقا به في دينه وعفافه وعقله وصلاحه
وفهمه وعلمه بالسنة وهي ما يروى عن النبي عم والاثار وهي ما يروى عن الصحابة رض
ووجوه الفقه اي المسائل المتعلقة باحكام الوقائع ويكون شديدا من غير عنف لينا
من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقيها واقامة
حقوق الله تعالى وهي من اهم الامور للمسلمين واقوى واجب عليهم فكل من كان اقدر واوجه
واهيب واصبر على ما اصابه من الناس كان اولى وكذا المفتي ينبغي ان يكون هكذا
لانه اقدر على المقصود وابعد من الغلط واكثر اهتماما في دينه عند تحرير الحوادث فيكون
كلامه اوثق فيعتمد عليه • والاجتهاد شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم بالحق واختلفوا
في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق
به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ويمكنه ان يستخرج للاحكام الشرعية ويستنبطها
من دلائلها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون بارائهم وقال بعضهم
يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كابي حنيفة والشافعي
وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من اهل
الاجتهاد والاشبه انه يقال ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار
او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل الشرط مع
هذا من ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام يبتني عليها •
ويصح تقليد الجاهل لانه يقدر على القضاء بالاستفتاء ويختار الاقدر
والاولى لقال النبي عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد
خان الله ورسوله وجماعة المسلمين • وكره التقلد لمن خاف الحيف والعجز عن
القيام به لقوله عم من جعل قاضيا فكانما ذبح بغير سكين وجه التشبيه ان السكين

يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين وهو الخنق يؤثر في الباطن دون
الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر لانه جاه وفي باطنه هلاك وتباب
ولا بأس لمن يثق من نفسه باداء فرضه لقوله عم عدل ساعة افضل من عبادة سنة و
في رواية من عبادة ستين سنة الا ان تركه عزيمة لان القضاء امر مخوف لا يسلم في بحره كل
سابح ولا ينجو منه كل طامح الا من عصمه الله ولهذا لما دعي ابو حنيفة الى القضاء ثلث
مرات ابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا وفي المرة الثالثة قال استشير اصحابي
فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر
المغضب وقال ارأيت لو امرت ان اعبر البحر سباحة لكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا
وكذا دعي محمد الى القضاء فابى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد كذا في الكفاية ● ومن تعين
له او للقضاء بان اجتمع فيه شرائطه فرض عليه لانه لو امتنع تعينه تقدم من
لا يصلح له وفيه فساد عظيم ودفعه فرض صيانة لحقوق العباد اعلم ان القضاء على خمسة
اوجه واجب وهو ان يتعين له ولا يوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع
الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف المظلومين من الظالمين
وهو فرض كفاية ومستحب وهو ان يوجد من يصلح لكن هو اصلح واقوم منه ومخير
وهو ان يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به فهو مخير ان شاء قبله وان
شاء لا يقبله ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اقوم به واصلح وحرام
وهو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى
فيحرم عليه ● ولا يطلب القضاء بقلبه ولا يسأله بلسانه لقوله عم من طلب القضاء
وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه
فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة
ستين سنة يرجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء ايسوا من نبوته ● ويجوز تقلده اي
القضاء من السلطان الجائر واهل البغي لان الصحابة رض تقلدوه من معاوية رض وكان
علي رض وكان الحق بيد علي رض يومئذ وقد قال علي رض اخواننا بغوا علينا وعلماء السلف
تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء من الحق فيحرم عليه لانه يحصل به
ضرر المسلمين ● واذا تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات
والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونصب الاوصياء والقيماء في الاوقاف وتقدير
النفقات المفروضات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له
ولاية القضاء وهذا لان القاضي يكتب نسختين احدهما في يده لاحتمال الحاجة
اليه والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة او نقصان
ويبعث امينين يقبضانها بحضرته او بحضرة المعزول او بحضرة امينه ويسألانه
شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة وانما يسألان المعزول لان لم يكن

قوله حجة لينكشف عنهما ما اشكل عليهما فاذا قبضاه ختما عليه تحرزا عن التغيير
● وينظر القاضي الجديد في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا للمسلمين فمن اقر
بحق او قامت به عليه بينة الزمه لان كل واحد منهما حجة يلزمه ولا يعمل بقول
المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على
فعل نفسه والا اي ان لم يقم عليه بينة ولم يقر هو بل ادعى انه حبس ظلما نادى
عليه اي اذا جلس للحكم يامر مناديا ينادي يا من كان يطالب فلان بن فلان
المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر له خصم فبها والا اخذ
كفيلا ثم يخلي سبيله بعد ما استظهر في امره لاحتمال انه محبوس بحق غائب و
هو الظاهر لان فعل المعزول لا يكون عبثا ● ويعمل في الودائع وغلات الوقوف
بالبينة او باقرار ذي اليد لان كل واحد منهما حجة لا بقول المعزول الا ان اقر ذو
اليد بالتسليم منه اي سلمها القاضي المعزول اليه فيقبل قول ذلك المعزول
فيها لانه ثبت باقراره انه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار كانه في يده
فيقبل اقراره به الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه
والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره
للثاني والمسألة على اربعة اوجه اما ان يقر انه سلمه اليه بعد ما اقر لغيره
او ينكر التسليم فحكمها ما ذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا
يقبل اقراره الثاني لانه لما اقر ان القاضي سلمه اليه صار كانه في يد القاضي الا
ان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر ● ويجلس
للحكم جلوسا ظاهرا في مسجد وقال الشافعي يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو
نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام ويحضره الحائض
وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوة لا للخصومات
والمنازعات ولنا قوله عم انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان النبي عم
يفصل الخصومات في معتكفه ولان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون للحكم في المساجد
ولان الحكم عبادة على ما بيناه من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ولانه
ابعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وابعد من التهمة في حق القاضي
فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده والحائض تخبر
بحالها فيخرج اليها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة والجامع اولى
لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان في الطرف يختار
مسجدا في وسط البلدة ولو جلس في داره واذن في الدخول فلا بأس به
اذا كان منزله في وسط البلدة والا فليقعد في وسط البلدة والحاصل
ان الجلوس للحكم ينبغي ان يكون في اشهر الاماكن مجامع الناس وليس له حاجب

ولا يبوّب افضل ولو حكم في اي مكان شاء جاز ولا علم وهو ماش لان الرأي لا يجتمع وهو
مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا باس ان
علم وهو متكئ لانه يزيد في الراي زيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوي الجلوس افضل
تعظيما لامر القضاء وعن ابي يوسف انه استفتي عن مسئلة وهو متكئ فاستوى ولد تربع
وتعمم ثم افتى تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده
فلا باس به ان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب له ان يقعد معه اهل العلم
لانه لا يؤمن من ان يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجالسهم في ايامنه للمشورة وكذا اهل
العدل للشهادة عليه بحذاء الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة يذهب
• ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته بمهاداته
لان الاول صلة الرحم وردها قطيعة وهي حرام والثانية ليست لاجل القضاء وانما
هي جرى على العادة فلا يتوهم فيها الرشوة فيقبل منهما ولا يردهما الا ان يكون لهما خصومة و
لم يزد على العادة وان كان لهما خصومة او زاد على العادة يردهما لانه لاجل القضاء فيكون
من الغلول كغيرهما من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رض •
ويحضر الدعوة العامة لا الخاصة وهي ما لا يتخذ الا لم يحضر القاضي وقيل كل دعوة
اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان يكون من القريب
او من غيره وبين ما اذا جرت له عادة او لم تجر وفاق في الطحاوي ان كان بين القاضي و
المضيف قرابة يجيبه في الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم هكذا ذكره الخصاف
بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب
وعلى قول محمد يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل
القضاء فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس • ويشهد الجنازة و
يعود المريض لقوله عم للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض
ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه و
اذا عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان ولو كان
للمريض خصومة مع احد لا يعوده • ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا مسلما له معرفة الفقه
لانه اذا لم يكن عدلا لا يؤمن من خيانته واذا لم يكن مسلما لا يؤمن ان يكتب ما لا تقتضيه الشريعة
واذا لم يكن فقيها لا يعرف كتبة السجلات وما يحتاج اليه القاضي من الاحكام ويجلس ناحية
عنه حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة • ويسوي بين الخصمين جلوسا واقبالا ونظرا
لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم
احدهما يتقوى [illegible] ويتكسر همة صاحبه فيؤدي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين
اذا حضرا بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان لان
القعدة ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له

ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير
تكلف باصغاء او رفع صوت ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من
اليسار لان جانب اليمين افضل فيكون تقدما له على صاحبه يفعل ذلك بين
الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي فيه بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين
الدني والشريف وهذا دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضاء هكذا
فعل شريح بعلي رض مع خصمه واحد من الرعية وعلي رض كان خليفة فاذا سوى بينهما
بالفعل فلا حرج عليه فيما يجده في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان
ذلك لا قدرة لنا عليه ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يضيفه دون الاخر لان
في هذه الاشياء تهمة ومكسرة لقلب الاخر ولو اضافهما جملة فلا باس به لوجود
التسوية بينهما ولا يضحك اليه لان ذلك يجريه على خصمه ولا يمزح معه لانه يخل بهيبة
القضاء ولا يلقنه حجة للتهمة • ويكره تلقين الشاهد بقوله اتشهد بكذا لانه
اعانة باحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الاخر فصار كتلقين احد
الخصمين واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول اعلم
مكان قوله اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احياء للحق ولا تهمة فيه فكان من
باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشغاله قبل
ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده دخل اليه بعد تولي القضاء والعزيمة
خلافه لانه لا يخلو عن نوع تهمة • ولا يبيع ولا يشتري في مجلسه لنفسه لما فيه
من التهمة ولا باس في غير المجلس وعن ابي حنيفة انه يكره ايضا وانما يبيع ويشتري
ممن لا يعرفه ولا يحابيه ولا يمازح • فان عرض له هم او نعاس او غضب او جوع
او عطش او حاجة كف عن القضاء قال النبي عم لا يقضي القاضي وهو غضبان و
في رواية شبعان ولانه يحتاج الى الفكر وهذه الاعراض تمنع صحة الفكر فيخل القضاء
ويكره له صوم التطوع يوم القضاء لانه لا يخلو عن الجوع ولا يتعب نفسه
بطول الجلوس لانه ربما يضجر او يفسد طريق النظر ولا يطمع في رضى الخصمين لا
مرة او مرتين لقول عمر رض ردوا الخصوم حتى يصطلحوا وان لم يطمع انفذ القضاء
بينهما لعدم الموجب للتاخير • واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء بدا احدهما
بالكلام وان شاء قال لهما ما لكما وان شاء سكت حتى يبدأه بالنطق وهو احسن كيلا
يكون مهيجا للخصومة لانه قد يحصل قطعها واذا تكلم احدهما اسكت الاخر واستمع
حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ المدعي امره بالسكوت واستنطق الاخر ولا طلب المدعي
ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا نطقا جملة لا يتمكن من الفهم فهذا اذا كانت الدعوى
صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد
تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه سال المدعي البينة فان عجز المدعي عن

استحلاف المدعى عليه ان طلب المدعي يمينه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب
مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين الرجال
والنساء في زحمة بل يجمع الرجال في ناحية والنساء في ناحية الا اذا كان لاحدهما
على الآخر خصومة فيجلسان بين يديه وقت الدعوى

فصل في الحبس

ولما كان بعض الناس يستحقون العقوبة بسبب دعاويهم والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب
القضاء وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب
فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنة فلان النبي
عم حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له من مملوك واما
الاجماع فلان الصحابة رض ومن بعدهم اجمعوا عليه الا انه في زمن النبي عم وزمن ابي بكر
وعمر وعثمان رض لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز والربط ولما كان
في زمن علي رض بنى السجن وكان من خص ولم يكن من بناء في الاسلام وسمى السجن نافعا
ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا اخر وسماه مخيسا •
واذا ثبت الحق للمدعي وطلب حبس خصمه فان ثبت بالاقرار لا يحبسه القاضي الا
اذا امره بالاداء فابى فيحبسه لانه لا يعجل بحبسه اذا ثبت باقراره اذ لم يعرف كونه
مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال ولم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك
حبسه لظهور مطله وان ثبت بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع لظهور مطله
بالانكار وقيل لا يحبسه قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة يتحرز ويقول
ما علمت ان له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيته وهو الاحسن فان
ادعى الفقر حبسه في كل ما لزمه بدلا عن مال كالثمن والقرض او بالتزامه كالمهر
المعجل والكفالة ولا يحبس فيما عدا ذلك من الديون ان ادعى الفقر وذلك
مثل اروش الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك ليس ببدل المال
ولا ملتزم بعقد الا اذا برهن خصمه ان له مالا فيحبسه مدة يغلب على ظنه انه
لو كان له مال لاظهره ولم ينص على مقداره لانه يختلف باختلاف الشخص والزمان
والمكان والمال فلا معنى لتقديره هو الصحيح وقيل يحبس شهرين او ثلثة وبعضهم
قدره بشهر وبعضهم باربعة وبعضهم بستة والصحيح انه يفوض الى رأي القاضي
فان لم يظهر له مال خلى سبيله لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة
لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما الا ان
يبرهن خصمه على يساره فيؤبد حبسه لان الحبس جزاء الظالم ولو اقام
المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه البينة على الاعسار كانت بينة
اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات ولا يسمع البينة على الاعسار
قبل حبسه لانها بينة على النفي فلا يقبل ما لم يتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده يقبل

على سبيل الاحتياط لا على الوجوب عليه عامة المشايخ • ويحبس الرجل لنفقة
زوجته لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضي
الزمان ولئن لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال
ولا لزمته بعقد لا يحبس والد في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا
يرى انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا يقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف
الميتة بطلبه الا ان ابى عن الانفاق عليه فحينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو
المنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا يرى ان للابن ان يدفعه بقتله اذا شهر
عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها
تفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف عليها الفوت وهكذا
حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون وان لم يكن على
العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم
اجانب فلا يمنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين
مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به لانه
اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف
جنسه لانه ليس له ان يعجله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي عنه حتى
يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما اتلف من ماله وكذا يحبس بدينه اذا ظهر
طلبه المماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع
عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضى مولاه ويحبس بدين اخر عليه
غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ بسبب ذلك الدين وقال
بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه متمكن من اسقاط هذا الدين ايضا بان
يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة الا يرى ان
الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي
والفرق بينهما على الظاهر ان بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة
من وجه بخلاف غيره من الديون ولو مرض في الحبس لا يخرج ان كان له من يخدمه
فيه وان لم يكن اخرج ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن ولا يمكن المحبوس
من اشتغاله فيه هو الصحيح ويمكن من وطء جاريته ان كان فيه خلوة لان اقتضاء
شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطء من فضول الحوائج بخلاف
الاكل والشرب فان منعه يؤدي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة
المخمصة خوفا من الهلاك وكيف يجوز قتله لاجل الدين • ثم صفة الحبس ان يكون
في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يدخل عليه احد يستأنس به ولا يخرج
لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو اعطى كفيلا ولا لحج رمضان

٦١

ولا لاجل عيادة لمريض قرابته ويوفي ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه
فحينئذ يخرج لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه ولا يمنع من دخول
قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين ولا يمكنون
من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غيره مقدر حتى يحبس في درهم وما دونه
لان مانعه ظالم متعنت • واذا تمت المدة ولم يظهر له مال خلى سبيله ولا يحول بينه
وبين غرمائه بل يلازمونه وهذا عند ابي حنيفة وقالا ابو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه
منظر بانظار الله تعالى الى الميسرة فلو كان منظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل كان
لهم حق الملازمة فلا اجل فكذا بانظار الله تعالى بل اولى ولكنا نقول هو منتظر
الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن في كل ساعة فلازموه كيلا يخفيه ثم يمنعونه
من التصرف والسفر ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص والملازمة ان يدوروا
معه حيث دار فان دخل داره جلسوا على الباب ولو كان الذي له الدين رجلا على امرأة لا يلازمها
بل يبعث امرأة تلازمها والاصل في الملازمة قوله عم لصاحب الحق اليد واللسان
اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي وقالا اي ابو يوسف ومحمد اذا فلسه الحاكم
حال بينه وبين غرمائه الا ان يبرهنوا ان له مالا لما ذكرناه وبيناه

فصل

في كتاب القاضي الى القاضي • اعلم ان هذا الفصل ليس من كتاب القضاء لانه اما نقل
شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره
فيه انسب • اذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر حكم بها اي بالشهادة لوجود الحجة
وحضور الخصم وكتب بالحكم اي بكتاب الحكم وهو السجل وانما يكتب حتى لا ينسى الواقعة
على طول الزمان ويكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى الكتابة الحكمية لانه قد تم
بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه الا اذا قدر انه غاب بعد الحكم عليه وجحده
فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ حكمه • وان شهدوا على غائب لا يحكم
لان الحكم على الغائب لا يجوز ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقله اليه نفذه بخلاف
الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني
ابتداء حكم فلا يجوز له بل يكتب بها اي بالشهادة ليحكم المكتوب اليه وهو اي
المكتوب كتاب القاضي الى القاضي والكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة
لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا يحكم
المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان
يخالفه وينقض حكمه لان الاول صدر مستحقا بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان
الخصم غائبا والا فمتفق عليه ولا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا لا فرق بين
كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون
على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي يشهدون على ان الكتاب من القاضي

وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة
وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم ويكتب القاضي الى القاضي في غير
حد وقود وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان كتابته لا يكون اقوى من
عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل
به فكتابه اولى ولان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان
اكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ما روي ان عليا رض اجاز ذلك لحاجة الناس
اليه لانه قد تتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه • ويقبل كتاب القاضي
في كل ما لا يسقط بالشبهة كالدين والعقار والنكاح والنسب والغصب والامانة والمضاربة
المجحودتين والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان
موجبا للمال وعن محمد قبوله في كل ما ينقل وعليه المتأخرون وبه يفتى للضرورة وفي
ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول لحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف
العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وامثاله
والعقار تعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح
المقصود نفس النكاح لا نفس المرأة او نفس الرجل واعيانهما كالدائن والمديون والنكاح
كالدين وكذلك الطلاق ولا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في العبد
دون الامة وغيرهما من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم
له بالملك لينقلها الى الكاتب وعنه انه جاز في الامة ايضا بشرائطه وهي ان يطلب المدعي
انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته و
اسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد
الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان
المدعي هذا وقد ابق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب
اليه وثبت عنده انه من عند الكاتب وفضه بشرطه على ما يجي سلم العبد الى المدعي
من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد واخذ كفيلا
من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في
الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى
ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب ويشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه
امر المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد
انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه ان يبرئ كفيله • ولا بد ان يكون
الكتاب المعنون بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما اي يكتب القاضي الكاتب
اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه واسم ابيه وجده حتى لو اخل
بشيء منها لا يقبل الكتاب وان شاء قال بعده والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين

ويقرأ القاضي الكاتب على من يشهدهم عليه أي على الكتاب ليعرفوا ما فيه
إذ لا شهادة بدون العلم أو يعلمهم بما فيه لأن المعرفة تحصل به وهو المقصود
ولكون أسماؤهم داخله ويختمه بحضرتهم ويحفظوا ما فيه لأنهم يشهدون
به كما في سائر الشهادات ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير وأبو يوسف لم
يشترط على الشهود شيئاً من ذلك سوى إشهادهم أنه كتابه لما ابتلي بالقضاء واختار
شمس الأئمة السرخسي قوله أي قول أبي يوسف وليس الخبر كالعيان • وإذا وصل الكتاب
إلى المكتوب إليه ينظر إلى ختمه ولم يقبله إلا بحضرة الخصم وشهادة رجلين أو رجل
وامرأتين أنه كتاب فلان القاضي قرأه علينا وختمه وسلمه إلينا في مجلس حكمه وعند أبي يوسف
يكتفي بشهادتهم أنه كتاب فلان وختمه وعنه في رواية أن الختم ليس بشرط وإذا شهدوا
أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي المكتوب
إليه وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه يعني إذا ثبت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم
بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم بأن كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم
أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم
الخصم لأنه لا يكون حجة إلا بعد ظهور عدالتهم وذكر الخصاف أنه لا يفتحه إلا بعد
ظهور عدالتهم لأنه ربما لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي إلى غيرهم من الشهود لإثبات
أن الكتاب من القاضي لأنهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الأول على ختم
الكتاب حيث يقبله إذا شهد أنه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقولهم
سلمه إلينا إلى آخره شرط للحكم به حتى إذا قالوا لم يسلمه إلينا أو لم يقرأه علينا أو لم
يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الهداية حضور الخصم لقبول البينة بأنه كتاب
فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والأشبه أن يكون هذا قول
أبي يوسف فإن عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعي إذا جاء به وحده وكذا سهل
في الأشياء فقال إذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك
لما ابتلي بالقضاء ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده • ثم لا بد من مسافة بين
القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي مقدرة بالشهادة
على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان
لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد وعن محمد أنه يجوز الشهادة
على الشهادة وإن كان الأصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء
أن كتاب القاضي إلى القاضي مقبول وإن كانا في مصر واحد وكأنهما اعتبراه بالوكيل
وفي الظاهر اعتبر الغيبة • ويبطل الكتاب بموت القاضي الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب
إلى المكتوب إليه أو بعد وصوله قبل أن يقرأه عليهم لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة فبموت
الأصول قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا وقال أبو يوسف لا يبطل

والمكتوب إليه يقضي به ذكر قوله في الأمالي وهو قول الشافعي لأن القاضي الكاتب
بمنزلة شهود الفرع وكتابه بمنزلة أداء شهود الفرع الشهادة لأنه ينقل شهادة الذين شهدوا
بالحق إلى القاضي المكتوب إليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع إذا ماتوا
بعد أداء الشهادة قبل القضاء بها فإنه لا يمنع القضاء فكذا هذا إذ لا فرق بينهم وهذا في
كل شاهد مات بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها ولنا أن القاضي الكاتب وإن كان ينقل
شهادة الذين شهدوا عنده إلا أن لهذا النقل حكم القضاء إلا أن هذا النقل لا يصح
إلا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب
هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء فثبت أن هذا
النقل حكم القضاء ولا يتم بعد إلا بتمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه ولم يجب
القضاء على المكتوب إليه قبل وصول الكتاب إليه وقبل قراءته لأن العلم المفضي به
شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاما فبطل بموت القاضي كما في سائر الأقضية إذا مات
القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع إذا ماتت الأصول بعد أدائهم الشهادة لأنهم أوجبوا
الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الأصول أو بموت الفروع كما في
سائر الشهادات إذا مات الشهود بعد الأداء قبل الحكم بشهادتهم فإنه لا يسقط
عنه الوجوب فكذا هذا • وبموت المكتوب إليه إلا إن كتب بعد اسمه أي بعد اسم القاضي
المكتوب إليه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وقال الشافعي لا يبطل لأنه لو لم يقل ذلك و
عمل القاضي الذي جاء بعده به كما لو قال وإلى كل من يصل إليه الكتاب من قضاة المسلمين ولنا
أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته والقضاة متفاوتون في الأمانة فصار نظير
الأمناء في الأموال بخلاف ما إذا قال وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأنه أعلمهم كلهم
فكأنه كتب إليهم بخلاف ما إذا قال ابتداء إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين حيث
لا يجوز أن يحكم به أحد لأن إعلام ما في الكتاب والمكتوب إليه شرط وتمام الإعلام لا يحصل
بهذا القدر وإذا عين واحداً حصل التعريف به وصح كتاب القاضي إلى القاضي وصار
غيره تبعا له وأجاز أبو يوسف من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلي بالقضاء واستحسنه
كثير من المشايخ تسهيلا للأمر • ولا بموت الخصم بل ينفذ على وارثه لأن الوارث يقوم
مقامه فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي أن لا يبطل لأن وارثه يقوم مقامه
فينفذ له • وكما يجوز كتاب القاضي إلى القاضي يجوز كتاب القاضي إلى الأمير ولكن إن
كان في مصره اقتصر على قوله أصلح الله الأمير ولا يكتب أكثر من ذلك وإن كان
في مصر آخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضي
إلى القاضي والقياس أن لا يجوز في مصره إلا به ولكنهم استحسنوا ذلك للعادة فإن القاضي
يكتب إلى الوالي ويستعين به فيما عجز عن إقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لأنه
كلما احتاج أن يحضر مجلس الأمير فيشهد والأمير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود

الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصره
وان كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على اصل القياس
لعدم جريان العادة والضرورة لقلته وتوقعه ٥ واذا علم القاضي بشيء من
حقوق العباد في زمن ولايته ومحلها جاز له ان يقضي به اختلف في علم القاضي
بحد قالوا ان محمدا اعتبر علم القاضي حتى قال اذا علم القاضي ان زيدا غصب شيئا
من المدعي ياخذه من زيد ويدفعه الى المدعي وهذا جواب رواية الاصول وروى ابن
سماعة عنه ان القاضي لا يقضي بعلمه وان استفاد العلم في حالة القضاء حتى يشهد
معه شاهد واحد عدل لعل القاضي يكون غالطا فيما يقول فيشترط مع علمه شاهد
اخر حتى يكون علمه مع شهادة شاهدين كذا في العمادية **فصل** ويجوز قضاء
المرأة في غير حد وقود لان القضاء يستقى من الشهادة وشهادتها جائزة في غير الحد والقود
فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة
البدلية وقال الشافعي لا يجوز ان يولى المراة القضاء لنقصان عقلها قلنا هي من اهل
الولاية وبه يصير اهلا للشهادة فكذا للقضاء كالرجل ٥ ولا يستخلف قاض الا ان
تفوض اليه ذلك لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل
لا يوكل بدون اذن الموكل بخلاف المامور بالجمعة وهو الخطيب فانه يستخلف في الصلوة
للضرورة لكونها على شرف الفوات فلو لم يجز يفوت الجمعة واذا استخلف المفوض اليه
بان قال له ول من شئت له ان يولي من شاء فيصير نائبا عن الامام في التولية فنائبه
اي نائب القاضي لا ينعزل بعزله اي بخروج القاضي عن القضاء ولا بموته اي بموت القاضي
بل هو اي النائب نائب الاصل اي نائب الامام وغير المفوض اليه الاستخلاف ان
قضى نائبه بحضرته او بغيبته فاجازه جاز كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم ياذن له
الموكل بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول جاز ٥ واذا دفع الى القاضي حكم قاض
اخر في امر مختلف فيه في الصدر الاول امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة
او الاجماع لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء
به فلا ينقض باجتهاد دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث
والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح
ان عمر رض لما كثرت اشغاله قلد القضاء ابا الدرداء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما
ثم لقي عمر رض المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضى علي فقال عمر رض لو كنت مكانه
لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضاء فقال ليس هنا نص والراي مشترك
وروي عن عمر رض انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك
فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى
به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه وقالوا شرطه ان يكون عالما بالخلاف

العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند
عامتهم ولا يمضيه الثاني وقد افاد شمس الائمة ان هذا هو ظاهر المذهب ولو
في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا
ففيه روايتان في رواية ينفذ لانه ليس بخطا بيقين وقالا لا ينفذ لانه خطا عنده
وقد نهي عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما لا ينفذ في
الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ وحاصله ان الذي قضي به الاول
لا يخلو من اربعة اوجه الوجه الاول ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب
والسنة والاجماع فلا كلام فيه والثاني ان يكون مختلفا فيه اختلافا مستندا
كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض ما حكم به حاكم مثاله اذا
رفع الى الحاكم من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق والعتاق فابطل اليمين نفذ حتى لا يقع
الطلاق بتنجيز بعد والاحسن ان يقول ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق
والثالث ان يكون الخلاف في نفس القضاء ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره
الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء واذا قضى فقد
يوجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء اخر يرجح احدهما وذلك مثل القضاء
على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في قذف وشهادته بعد التوبة وقضاء
الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب او قضى الفاسق او المحدود
لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ
لان الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله والرابع ان يكون مخالفا
للدليل الشرعي فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الى
الف حاكم ونفذه لان قضاءه وقع باطلا لمخالفته الكتاب او السنة او الاجماع
فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين او بالقصاص بتعيين
الولي واحدا من اهل المحلة وبعينه او بصحة نكاح المتعة او المؤقت او بصحة بيع عبد
معتق البعض او بلزوم غير متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة او امراة
الجد او بسقوط الدين بمضي سنين او بجواز بيع جنين ذبحت امه ومات في بطنها
او بحل المطلقة ثلثا للاول قبل ان يدخل الثاني بها او بابطال عضل المراة عن
العود او بعدم وقوع الطلاق الثلث جملة او بعدم وقوع الطلاق على
حبلى او حائض وقبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم حاكم لوقوعه باطلا حتى ينفذ
التنفيذ وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز و
عندهما يجوز واصل الخلاف معاداه وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجتمع العلماء
على احد القولين في عصر اخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده
يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على

حالة وقال شمس الائمة من تمسك به بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما
لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه • ولا اجمع
عليه الجمهور لا يعتبر فيه خلاف البعض ذكر في اصول الفقه ان العلماء اختلفوا
في ان الاجماع هل ينعقد باتفاق الاكثر المجتهدين او لا بد من اتفاق الكل فعند اهل المذهب
اختار ان اتفاق الاكثر كاف وفي مقابلة اتفاق الاكثر لا يعتد بخلاف الاقل وفي
كتب اصول الفقه بعض ذلك المذهب وهو ان اختلاف الاقل في مقابلة الاكثر
معتبر فان واحدا من الصحابة رضي الله عنهم خالف الجم الكثير ولم يعولوا عن اكثر منا
بل اعتبروا مخالفته وايضا قال في الهداية ان المعتبر الاختلاف في الصدر
الاول اي الصحابة رض لكن الاصح انه لا يشترط ذلك حتى يكون اختلاف الشافعي معتبرا
• والقضاء بعقد وفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا ولو بشهادة زور اذا ادعى بسبب
معين كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بطلاق وفسخ
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ باطنا بشهادة الزور فلو اقامت بينة
زور انه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه خلافا لهما لهما ان شهادة الزور حجة
ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وله
ما روي ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي رض واقام شاهدين فقضى
علي رض بالنكاح بينهما فقالت المرأة يا امير المؤمنين ان لم يكن بد فزوجني منه فقال
علي رض شاهداك زوجاك ولولا ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من تجديد
النكاح عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان الشهود
زورا بدليل القصة وفي الاملاك المرسلة وهي التي لم يذكر فيها سبب معين
لا ينفذ باطنا اتفاقا لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من
البعض لتزاحمهما فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء
وفي النكاح والشراء يقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء وفي الهبة والصدقة
روايتان عن ابي حنيفة والمراد بالنفاذ ظاهرا ان يسلم القاضي المرأة نفسها الى
الرجل ويقول لها سلمي نفسك له فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطئها
ويحل لها التمكين بينهما وبين الله تعالى • والقضاء في مجتهد فيه بخلاف رأيه كالحنفي اذا حكم
على مذهب الشافعي ونحوه او بالعكس واما اذا حكم الحنفي بما ذهب اليه ابو يوسف او محمد او نحوهما
من اصحاب الامام فليس حكما بخلاف رأيه ناسيا مذهبه او عامدا لا ينفذ عندهما وبه يفتى
وعند الامام ينفذ لو ناسيا وفي العمد روايتان وقد مر بيانه • ولا تقضي على غائب الا
بحضرة نائبه حقيقة كوكيله او شرعا كوصي نصبه القاضي او حكما بان كان ما يدعي على
الغائب سببا لما يدعي على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغائب
وان كان ما يدعي به على الغائب شرطا لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق

فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف عليه ان فلانا طلق امرأته واقام عليه ذلك
بينة لا يصح وهو قول عامة المشايخ لا ينبني على هذا ان الغائب يكون قضاء على الغائب
وكذا لا يصح وقال مالك والشافعي يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه
لان النبي عم قضى لهند امرأة ابي سفيان النفقة وابو سفيان غائب حيث قال لها خذي
من مال ابي سفيان ما يكفيك ويكفي ولدك وقوله عم البينة على المدعي مطلقا من غير
اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها
فجاز القضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عم لعلي رض لا تقض لاحد
الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي
رواه احمد وابو داود والترمذي عنه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة
هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان
يقر الخصم ويحتمل ان ينكر واحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى
فلا يجوز مع الاشتباه الا يرى ان النبي عم قال لعلي اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف
تقضي فهذا دليل على ان العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وان الجهل به
يمنع القضاء ولانه لا يندفع الابطال به والان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر
عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا تكون حجة ولا حجة لهما في حديث
هند لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى واعانة لها في اخذ حقها من ماله الا يرى انه لم يطلب منها دعوى
الزوجية ولم تقم بينة وكان النبي عم عالما انها امرأته ولم يحكم على وجه القضاء انما
وكذا قوله عم البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل
به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي
بان له كلام المدعي اذا لم يكن له منازع فتعين ان يكون في حق الخصم • ويقرض القاضي
مال اليتيم ويكتب ذكر الحق ولا يجوز ذلك للوصي ولا للاب في الاصح لان القاضي يقدر
على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض
مال الصغير لان الاقراض تبرع الا يرى انه لا يجوز التاجيل فيه كسائر التبرعات فلا
يملكانه وباقراضها يكون على شرف التوى بان يجحد المستقرض على مرور الزمان
ويموت شهوده لان كل مستقرض عن موتهم ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاضي
عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي
كثير الاشتغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ بنفسه وانما يرفعه الى غيره ويدفعه
اليه بطريق القرض نظرا لليتيم لانه يكون مضمونا عليه والوديعة امانة ان
هلكت تهلك بغير شيء والامن من التوى بجحود المستقرض لكونه معلوما للقاضي
ولكونه لا يقرضه الا لامينه ومعرفته باحوال الناس الا من مليء ثقة ولا يخاف منه
الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف ان ينساه ثم ينبغي

للقاضي ان يفتقد احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل احد منهم
ماله اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر
من الخصومة من المفتي الذي انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء فكان ليس له ان يتركه
عنده انتهاء **فصل** التحكيم • لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضاء
وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله
وحكما من اهلها نزلت في تحكيم الزوجين واما السنة فما روي ان النبي عم نزل على حكم سعد
ابن معاذ رض في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رض • ولو حكم الخصمان من يصلح قاضيا
ليحكم بينهما صح لما تلونا وروينا ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه
عليهما ببينة او اقرار او نكول لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون صالحا
للقضاء لانه بمنزلة القاضي بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكما
كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لانعدام
اهلية الشهادة وكذا لو حكما فاسقا او امراة جاز كما في القضاء لانهما اهل الشهادة
وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليده القضاء
ليحكم بين اهل الذمة • وصح اخباره باقرار احد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته
لان اخباره حال ولايته قائم مقام شهادة رجلين بخلاف ما اذا اخبر بعد الولاية لانه
التحق بواحد من الرعايا فلا بد من الشاهد الآخر وبخلاف ما اذا اخبر بانه قد حكم العزل
فلا يقبل اخباره • ولكل منهما اي من الخصمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما
فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين
الناس لا بعده اي لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى
ثم عزل لا يبطل قضاؤه • واذا رفع حكمه الى قاض امضاه ان وافق مذهبه لانه لا فائدة
في نقضه ثم ابرامه والا اي ان خالف مذهبه نقضه فرق بين هذا وبين ما اذا
رفع الى القاضي قضية قاض آخر فانه لا يرده وان خالف رأيه اذا كان ذلك في محل
مجتهد فيه ووجهه ان المحكم له ولاية على المحكمين دون غيرهما والقاضي الذي
رفع اليه حكمه له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة
فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن احد من نقضه كحكم الامام
نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم
القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى
خلاف ذلك فكذا هذا • ولا يصح التحكيم في حد وقود لعدم ولايتهما على دمهما
ولهذا لا يملكان اباحته وصح في سائر المجتهدات كفسخ الطلاق المضاف الى
الملك والعتق كذلك قالوا ولا يفتى به اي بجوازه دفعا لتجاسر العوام عليه
فيقل الاحتياج الى القاضي ولا يبقى لاحكام الشرع رونق ورغبة ولا يحكمه

حال وزينة • ولو حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لان العاقلة لم
يحكموه وكذا لو حكم بالدية على القاتل لا ينفذ ايضا فينقضه القاضي ويقضي على العاقلة
لان حكم المحكم مخالف لمذهب القاضي ومخالف للنص وهو قوله عم قوموا فدوه و
معنى نفاذه على العاقلة ان للحكم لا يكون ولاية طلب الدية من العاقلة وحبسهم ان
امتنعوا • ولا يصح حكم المحكم ولا المولى لابويه وولده وزوجته ويصح عليهم اي يبطل حكم
المحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه يتهم في حكمه لهم دون
حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليهم لما ذكرنا وتجوز ان يقضي
لاب امرأته وامها وكذا لامرأة ابنه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة لان
شهادته لهم جائزة فهذا هو الحق وان كان ميتا لم يجز لان القضاء لهم قضاء
لزوجته وولده اذا كانوا مستحقين له وان كانوا لا يستحقونه جاز لعدم التهمة
ويجوز القضاء للاخوة والاعمام واولادهم لان شهادته لهم جائزة **مسائل شتى**
ليس لذي سفل عليه علو لغيره ان يتد في سفله او ان ينقب كوة بلا رضى ذي
العلو ولا لذي العلو ان يبني عليه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لكل منهما
فعل ما لا يضر فيه بالآخر بلا رضى الآخر وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني
على العلو بيتا او يضع عليه جذعا او يحدث كنيفا وقيل قولهما تفسير لقوله
اي لقول ابي حنيفة على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف
حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة
لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل بقي على اصل الاباحة وعنده الاصل هو
الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة والاطلاق
لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما اشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشياء من
المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير
صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني ان شاء
ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه
قيمته يوم البناء لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن الراهن
لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث
لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه
فصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بكل
نصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار او بعض
الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو
انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرناه ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه
يجبر على اعادته لتعديه بما تعلق به حق الغير كالراهن يجني على العبد المرهون

او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق ونحوه • وليس لاهل زائغة مستطيلة
تنشعب عنها مستطيلة غير نافذة فتح باب في المنشعبة وفي النافذة ومستديرة
لزق طرفاها لهم ذلك معناه سكة طويلة تنشعب منها سكة اخرى طويلة وهي
غير نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب
لقصد المرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها
على الخصوص الا يرى انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى
فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة ويخاف ان
يسدوا بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه
لانها ملكهم ولا يشاركهم فيها غيرهم لانه يلحق بهم ضرر بان يضيق عليهم
فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق حق العامة وهو من جملتهم
وبخلاف ما اذا كانت الزائغة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من اهل الاولى
فتح الباب اليها حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة • ثم اعلم ان للانسان ان
يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا ولو اتخذ داره حظيرة
غنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بئرا
فنز منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو
خلاف قول اصحابنا ولو اراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين او رحى
للطحن او مدقة للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن
التحرز عنه ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات وطلب من جاره ان يساعده
في البناء قال اصحابنا لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث يجبر في زماننا لانه لا بد من سترة
بينهما وقال قاضيخان ان كان الحائط يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة
لا يجبر والا اجبر وقيل ان كان يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ
سترة وان كان يقع في سطحه لا يمنعه • ومن ادعى هبة في وقت فسئل بينة فقال جحدنيها
الهبة فاشتريتها منه او لم يقل ذلك فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة تقبل ولو قبله
لا تقبل ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها
وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل لوجود التناقض
في الوجه الاول لانه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض
ظاهر لا يمكن التوفيق وفي الوجه الثاني عكس اذ الشراء وجد بعد الوقت الذي فيه الهبة
فلا يكون متناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسألتان بحالهما لا تقبل في الاولى وتقبل
في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه • ومن ادعى ان زيدا اشترى منه جارية فانكر
زيد وترك هو خصومته حل له وطؤها لان المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه لان
الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل

فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فلو ساعده البائع
بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها ولم يكن له ان يردها على بائعه بالعيب ان وجد بها
عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة انه
اشتراها منه لا تقبل بينته انه اشتراها منه • ومن اقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف
او نبهرجة صدق سواء قال ذلك موصولا او مفصولا لا ان ادعى انها ستوقة لان اسم
الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد
فيصدق في انكاره قبض حقه مع يمينه ولو كان اقر بقبض الجياد او قبض حقه او قبض
الثمن او اقر بالاستيفاء لكونه مناقضا لان الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد
فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض
الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا ولو قال قبضت دراهم جيادا لم
يصدق في دعوى الزيوف مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا ولو اقر بقبض الثمن او حقه
او استوفى ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر ان قال مفصولا لا يصدق وان كان موصولا
يصدق قال في النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انه ستوقة او رصاص يصدق موصولا
لا مفصولا والزيف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار ايضا والستوقة ما غلب
غشه • ومن قال لآخر لك علي الف فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مجلسه نعم لي عليك الف
لا تقبل بلا حجة لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من
الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت مني هذا ثم صدقه حيث
يصح تصديقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد
حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق واما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا •
ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك علي شيء قط فبرهن عليه فبرهن هو على القضاء
او الابراء قبل برهانه ادعى رجل على رجل الف درهم فقال المدعى عليه ما كان لك
علي شيء قط فاقام المدعي البينة ان له عليه الف درهم واقام المدعى عليه البينة
انه قضاه او ابرأه المدعي عنه يقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا يقبل لان القضاء
والابراء يكون بعد الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن
لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا يرى انه لو ادعى القصاص على شخص فانكر
واقام المدعي عليه البينة واقام المدعى عليه البينة على العفو او الصلح عنه
على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق تقبل فكذا هذا وكذا
لو قال ليس لك علي شيء لان التوفيق فيه اظهر لانه للحال وان زاد على انكاره
ولا اعرفك فلا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء او الابراء لتعذر التوفيق بين
قوليه • ولو ادعى على آخر بيعها منه واراد ردها بعيب فانكر فبرهن المدعي على البيع
والمنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر من ادعى على آخر انه باعه

فمالو لم يبع اصلا قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيبا فبرهن البائع انه برئ اليه من كل عيب لم يقبل اى وجد المشترى بها عيبا فردها عليه فاقام البائع البينة انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل بينة البائع وعن ابى يوسف انها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابراه عن العيب فكونه مناقضا بذلك وجه الظاهر ان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد انكره فيكون مناقضا بخلاف ما تقدم من مسئلة الدين لان الباطل قد يقضى

ﻫ وذكر ان شاء الله في اخر صك يبطل كله اى يبطل الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شئ لان الاستثناء مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في اخر الصك جميع ما فيه من الحقوق كلها ان شاء الله او كتب فاذا ادرك فلان امرنا ولا حقوق ان خالصه بطل الصك كله عند ابى حنيفة حتى يبطل الاقرار والشراء وعندهما يبطل اخره فقط فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله وهو اى قولهما استحسان لان الاصل ان ينصرف الاستثناء الى ما يليه لان ذكر الديون في الصك للاستيثاق فلو صرف الى الكل لا يكون للاستيثاق بل يكون للابطال وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة فالولاء يلحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل

مات نصرانى فقالت زوجته اسلمت بعد موته وقال وارثه بل قبله فالقول له وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته اسلمت قبل موته وقال الوارث بل بعده فالقول له وقد ذكر القول فيها لان الاسلام حادث والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب اوقاته واقرب اوقاته ما بعد الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في مسئلة الطاحونة اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مدة حيث يحكم الحال ويستدل بها على ما مضى فان كان ماؤها جاريا في الحال فالقول لرب الطاحونة والا فالقول للمستاجر ●

ولو قال المودع هذا ابن مودعى الميت لا وارث له غيره دفع الوديعة اليه معناه اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اقر انه ملك المورث وهو حى مسالة بخلاف ما اذا اقر لرجل بانه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين باذالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا اقر لوكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة فادعاه الذى يسر

لانه لو اقر بانه ملك ابيه دفعه اليه كذا هو هنا نسخه [illegible]

له ان يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغى له ان يسترد لان الوكيل ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا جاء المودع وانكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاع عنده ولا في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغى ان يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه

وان قال مودع الميت لرجل اخر بعد ما اقر للاول هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضى المال كله للاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره الاول حيث قبل العدم من يكذبه ● ولو قسم الميراث بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا فيها لا نعلم له وارثا او غريما اخر لا يؤخذ منهم كفيل وهو اى اخذ الكفيل احتياط ظلم وهذا عند ابى حنيفة وعندهما يؤخذ الكفيل منهم لان القاضى ناظر للغيب ويحتمل ان يكون له وارث او غريم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاط بالكفالة ولابى حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر حقه لموهوم الى ان يعطى الكفيل لان القاضى مامور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تاخيره الى ان يعطى الكفيل لو لم يجد كفيلا كان ظلما ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء ● ومن ادعى عقارا ارثا له ولاخيه الغائب وبرهن عليه دفع اليه نصفه الذى هو نصيب الحاضر وترك باقيه الذى هو نصيب الغائب مع ذى اليد بلا اخذ كفيل منه ولا يستوثق من ذى اليد ولو جاحدا وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذى هو في يده جاحدا اخذ النصف الاخر منه ووضع عند امين الى ان يقدم الغائب وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن فلا يترك في يده اذ لا يؤمن الجحود ثانيا والقاضى نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده شئ من النظر لان البينة لا توجد في كل مرة ولا كل قاض يعدلها فيتعين الاخذ منه ووضعها في يد عدل ولانه يخاف ان يتصرف فيه لان من يدعى ان الشئ له وهو في يده لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان او غير عدل بخلاف ما اذا كان مقرا لان النظر في تركه في يده متعين ولابى حنيفة ان الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضى ان يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها في يد من هى عنده فصار نظيرها لو عرف القاضى ملكا لانسان ثم رآه في يد غيره فانه لا ياخذه منه ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القضاء وقع للميت مقصودا وهذا قضى على ذى اليد بطل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضى بها ديونه وتنفذ فيه وصاياه وصاحب اليد يختار الميت او يختار ذلك فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضى فالظاهر انه لا يضيعه ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له وللقاضى ومسجلة في خريطة القاضى

وان كانت الدعوى في المنقول جحد فلا يقبل النصف الذي هو للغائب لا يؤخذ منه
بالاتفاق ويدفع الى عدل يحفظه لحاجته الى الحفظ بخلاف العقار بنفسه وفي المنقول
ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر يعني انه مضمون عليه ولو اخذ ودفع
الى امين القاضي كان امانة فكان الترك في يد الجاحد من التوى واما ان لو وجد الكفيل منه
لان فيه انشاء خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب
دفع اليه نصيبه بدون اعادة البينة لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما
الملك للميت ثم يكون هو نائبا في الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا
كان او عينا فيقوم مقام سائر الورثة فيه لكن بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل
فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائبا لهم ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم
قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه
فيكون نائبا لهم ايضا ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاء على جميع الورثة
اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى
العين لا يتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف
ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا
ومن اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله ولو قال مالي او ما املكه صدقة فهو
على مال الزكوة والقياس فيهما واحد وهو قول زفر لان اسم المال عام فيلزمه التصدق
بكل ماله كما في الوصية ولنا ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال في
باب الصدقة بايجاب الله منصرف الى البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق معلوم
وقوله خذ من اموالهم صدقة فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها
اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي ولان العادة ان الانسان
يلتزم الصدقة من فضول ماله وهي مال الزكوة فالحيوان وجميع المال لا داخل فيه
ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكوة وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة سواء
بلغت نصابا او لم تبلغ قدر النصاب وسواء كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه
دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة لا قدرها ولا شرائطها وتدخل فيه ارض
العشر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصرف مصرف الزكوة
فكانت جهة الصدقة فيها راجحة خلافا لمحمد حيث لا يدخل فيه ارض العشر عنده
لانها سبب المؤنة وهذا يجب في ارض الصبي والمكاتب وفي اراضي مالك لها اذا كان وقفا
فكانت جهة المؤنة راجحة عنده ولم يذكر في النهاية قول ابي حنيفة مع قول محمد فلا ذكره
التمرتاشي ولا تدخل ارض الخراجية لانها محضة مؤنة ولا يدخل الرقيق للخدمة ودور العقار
ولا اثاث المنزل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال الزكوة ومن
مشايخنا من قال في قوله ما املكه او جميع ما املكه في المساكين صدقة يجب عليه ان

٦٨

يتصدق بجميع ما يملكه قياسا واستحسانا واما القياس والاستحسان في قوله مالي
صدقة لان الملك اعم من المال الا يرى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال
ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان
لفظ الملك اعم تناول جميع ما يتصرف به كالموصى عليه بان قال كل مالي املكه ما يستمتع
به خصوصا له والصحيح هو ان يكون انما يستعملان استعمالا فيكون النص الوارد
في احدهما واردا في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان
عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيها الى جنس ما يجب فيه
الزكوة فان لم يكن له مال غيره اي غير ما يدخل تحت الايجاب امسك منه قوته
فاذا اصاب مالا بعد ذلك تصدق بمثل ما امسك لان حاجته مقدمة ولو لم
يمسك قدر حاجته يتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة ان يتصدق بما عنده
ثم يتكفف الناس من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف
باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل
يوم وبعضهم كل ثلثة ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة واهل الزرع
يتجدد لهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات
يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان يتجدد له حاصله ه ومن اوصى اليه
ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف التوكيل حتى لو باع الوصي شيئا من التركة قبل العلم
بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن
ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان احدهما
في حالة الحيوة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلافة لانه يتصرف
بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الورثة وكثبوت الملك
له والولاية الا يرى ان الاب الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم بموته جاز
فكذا هذا اما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء
ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك
بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته
بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير نظير الوكالة فلا يثبت
الا بعد العلم ولا يجوز تصرف الماذون له فيه لان الاذن ماخوذ من الاذان وهو
الاعلام فلا يتصور بدون العلم وقبله اذا خبر بالتوكيل خبر فرد وان كان
فاسقا او امراة او كان عبدا وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس بالوكالة وكيلا وجاز تصرفه
سواء اخبره بذلك عدل او غير عدل صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه الزام
وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كما في سائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه
الحرية والاسلام وحاصله انه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التمييز لا في العزل منه

لانه صار عدلا ومستورين اي لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد
او اثنين بغير عدل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما هو كالاول يعني لا يشترط
في المخبر الا التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل ولابي حنيفة
ان فيه اضرارا بالعزل الالزامي من وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما
العدد او العدالة وكذا الخلاف في اخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع
والبكر بالتزويج ومسلم لم يهاجر بالشرائع اي لا يشترط في المخبر بهذه الاشياء الا
التمييز عندهما كما في الاخبار بعزله عن الوكالة وعند ابي حنيفة يشترط فيها احد
شطري الشهادة لان في هذه الاشياء الزاما من وجه اما الوكيل فتلزمه العهدة على
تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا السيد على تقدير التصرف
فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه وكذا الشفيع
على تقدير طلبه الشفعة لا تسقط وعلى تقدير عدم طلبها تسقط وكذا البكر
على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها ففي كل موضع يلزمه
من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة كالمنازعات عند الحكام وفيما لا
يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد والعدالة فاذا كان فيه الزام من وجه
دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم في دار
الحرب ولم يهاجر الينا فانه صح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام
بخبره لان المخبر به رسول الله لقول النبي عم الا فليبلغ الحديث وقال الرسول
لا يشترط فيه العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج وهذا الخلاف
فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع
لان نهي العبد معتبر بنهي الشرع وكان ثبت النهي في الشرع بعد الاطلاق قبل
البلوغ الى المكلف حتى لا يجب عليه قبله فكذا نهي العبد وهذا في العزل القصدي
واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا
٥ ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد
لا يضمن اي اذا ضاع ثمن العبد في يد البايع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي
ولا امينه الثمن للمشتري لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم
مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه الضمان لتقاعد
عن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض
الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه
الثمن لما ذكرنا ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيكون عهدته
عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل اذا تعذر
جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا محجورا عليه لان العقد وقع لهم

ولو باعه الوصي لاجلهم بامر القاضي ثم استحق او مات قبل قبضه وضاع المال
رجع المشتري على الوصي لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فيرجع الحقوق
اليه كما اذا وكله حال حيوته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه
القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي
فصار كما لو اوصى اليه الميت وهو اي الوصي يرجع على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل
لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع
الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه ويرجع بما ضمن الوصي او المشتري في المسئلة الاولى
وهو ما اذا كان البايع هو القاضي او امينه لانه قضى بذلك وهو مضطر فيه ٥ ولو قال
لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او القطع او الضرب فافعله وسعك فعله
لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى اطيعوا الرسول واولي الامر منكم ومن تصديقه
طاعة ولانه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه
لا يولى في موضع الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في مكان
قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد عن هذا فقال لا يؤخذ بقوله الا ان
يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا لفساد اكثر قضاة
زماننا والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم السلام
وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي الى القاضي ضرورة
احياء الحقوق لان الخيانة في مثله قلما يقع وقال ابو منصور الماتريدي ان كان عدلا
عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطأ لانه بعدالته يؤمن عن الميل
بالرشوة ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهرا وكذا الحكم في القاضي العدل غير العالم
ان استفسر فاحسن تفسيره لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليلا فاذا احسن ان
يذكر شرائطه مثل ان علم بحد الزنا مثلا باقرار او بينة فيأتي بشرائطه عند
التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب والا فلا اي ان لم يحسن
تفسيره بان اخل في شرائطه من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار ونحو ذلك
لا يقبل قوله ولا يعمل بقول القاضي غير العدل مطلقا سواء كان عالما او جاهلا
ما لم يعاين سبب الحكم لتهمة الخيانة في العالم الفاسق والخطأ في الجاهل الفاسق
قال الله تعالى في نبأ الفاسق ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا
على ما فعلتم نادمين واذا لم يصدقه فلا يمين على القاضي لان اليمين تجب على الخصم والقاضي
ليس بخصم وانما هو امين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه ٥ ولو قال قاض عزل للشخص
اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك او قال قضيت بقطع يدك
في حق فقال بل اخذتها او قطعت ظلما واعترفا بكون ذلك حال ولايته صدق القاضي
ولا يمين عليه ولو قال فعلته قبل ولايتي او بعد عزلي وادعى القاضي فعله في ولايته

قال المولى لا يصدق هو الصحيح معناه إذا قال قاض معزول للرجل أخذت منك ألف درهم
ودفعته إلى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذته ظلما فالقول للقاضي بلا يمين
وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق وقال فعلته ظلما فالقاضي يصدق في كل حال إذا كان
المأخوذ منه ماله والمقطوع يده مقرين بكونه حال قضائه لأنه لما أقر به صار مقرا بشهادة
الظاهر للقاضي لأن فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان فيجعل القول
قوله بلا يمين لأنه لو وجبت اليمين صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ ولو أنكر كونه قاضيا يومئذ
وقال فعله قبل التقليد أو بعد العزل فالقول قول القاضي أيضا في الصحيح لأنه ادعى
أنه كان قاضيا حين أضاف الأخذ والقطع إلى حالة القضاء لأنها معهودة وهي
منافية للضمان فصار القاضي بالإضافة إلى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول
قوله كما لو قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان معهودا والقاطع والآخذ
إن كان ادعى كدعوى القاضي ضمنا في الأول يعني لو أقر القاطع والآخذ في
هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في
دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في حالة
الشهادة فإن قيل قد وجد الإسناد منهما أيضا إلى حالة منافية للضمان فوجب
أن لا يضمنا أيضا كالقاضي قلنا إن حجة عارضها ما هو أقوى منها تقتضي وجوب
الضمان وهو إقرارهما بسبب الضمان لأن هذه حجة قطعية لكون الإقرار كلاما حجة
قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في صحتها حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر
لا يعارض القطعي وكان ينبغي أن يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو
أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذرا من الضمان بعد العزل فتركنا
ذلك ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق
القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر
أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه.

كتاب الشهادة

هي إخبار بحق للغير على الغير عن مشاهدة لا عن ظن قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التي
تنبئ عن المعاينة وتسمى الأداء شهادة إطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة
من الشهود بمعنى الحضور لأن الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة وشرطها العقل
الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها
لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه
الشهادة ● ومن تعين لتحملها لا يسعه أن يمتنع منه إذا طلب لما فيه من تضييع
الحقوق وإن لم يتعين فهو مخير ولا بأس بالتحرز عن التحمل ويفترض أداؤها بعد
التحمل إذا طلب منه لقوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا

الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه وهذا وإن كان نهيا عن الإباء وعن الكتمان لكن
النهي عن الشيء يكون أمرا بضده إذا كان له ضد واحد لأن الانتهاء لا يكون إلا بالاشتغال
به فكان أمرا بالشهادة فرضا قطعيا لكن فرضيته لانتهاء عن الكتمان فصار كالأمر به بل
آكد وإنما أسند الإثم إلى القلب لأن وقع فيها الفعل وهي القلب لأن إسناد
الفعل إلى محله أقوى من إسناده إلى كله وإسناده إلى أشرف الجوارح دليل على أنه
أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى إلا أن يقوم الحق بغيره بأن كانوا جماعة وهو
يعلم أن القاضي لا يقبل شهادته وفيهم من تقبل شهادته فقبلته قالوا لا يأثم
هو إذا لم يشهد وإن أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد إذا كان ممن يقبل
شهادته لأن الامتناع يؤدي إلى تضييع الحقوق هذا إذا كان موضع الشاهد قريبا
من موضع القاضي وإن كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضي لأداء الشهادة
ويرجع إلى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لأنه يلحقه الضرر بذلك قال الله تعالى
ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم إن كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي إلى
مجلس الحاكم وليس له شيء يركب فأركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته
لأنه من باب الإكرام للشهود قال النبي عليه السلام أكرموا الشهود وإن كان يقدر ركب دابة المدعي
من عنده قالوا لا تقبل وسترها في الحدود أفضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو
سترته بثوبك لكان خيرا لك ولقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه وفيما نقل من
تلقين النبي للمقر بالحد عن النبي عليه السلام وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل ولأن ستره
أظهر لأن فيه حسبة أيضا لأن فيه إزالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ولا يلزم على
هذا قوله تعالى إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا
والآخرة لأن ظاهر الآية والله أعلم تقتضي أنهم يحبون أن تشيع الفاحشة فيهم
لأجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكفار والمنافقين وتعاديهم بعذاب أليم ولأن مقصود
الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا إشاعتها وكذا أمر الله تعالى بالإشهاد
بقوله واستشهدوا عليهن أربعة منكم فهذا أحسن لأن الأول وهو الستر أحسن لما بينا
ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فإنه آثم قلبه لأن المراد به في حقوق العباد بدليل
قوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا أي إذا دعاهم المدعي لأن الحدود ليس لها مدع
بعينه ولأن الحد حق الله تعالى والله تعالى غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده
والعبد محتاج شحيح ولا يتأتى أحد الحقين على الآخر ويقول في السرقة أخذ لا سرق
لأن الشهادة بالمال واجب إذا طلبه المدعي والستر في الحد أفضل لما بينا وأمكنه
الجمع بينهما بإقامة الحقين بقوله أخذ لأنه يحيي به حق المدعي ولا يجب به الحد
ولأن القطع متى وجب عليه سقط الضمان إذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي
بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه إذ هو محتاج إليه وفيه صيانة يد السارق

والله غني عن كل شيء حال ضرورة الى اقامته ه وشرط للزنا اربعة رجال
لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولقوله تعالى
لولا جاؤوا عليه باربعة شهداء ولقول النبي عم ائت باربعة يشهدون على
صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد
الاجماع على اشتراط الذكورة فيه ولان الله تعالى يحب الستر على عباده وتوعد
بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع
مع وصف الذكورة يتحقق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة
قلما يتحقق ولا يوجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان
ان كان زوجا الا لذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار وللقصاص وبقية
الحدود رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه
والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية
لان كل اثنتين منهن قامتا مقام رجل واحد فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كما لا يجوز فيها
كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لان البدل الحقيقي لا
يصار اليه الا عند تعذر الاصل غالبا وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع
وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين اي ان لم يشهد
حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التاويل لما اعتبر شهادتهن
مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال ايضا حتى اذا
شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع
وللولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة يعني
يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا
يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثمة معهود يراد به
الجنس فيتناول الاقل وعن حذيفة اجاز رسول الله عم شهادة القابلة على الولادة
وقال الشافعي يشترط فيه ان تشهد اربعة من النساء لان كل امرأتين يقومان
مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن ابي ليلى يشترط ان تشهد فيه اثنتان من
النساء لان المعتبر في باب الشهادات العدد والذكورة وتعذر اعتبار احدهما
فبقي الاخر ولنا ان العدد على حاله والحجة عليهما ما روينا ولانه انما سقط اشتراط
صفة الذكورة لان نظر الجنس اخف فكذا سقط اعتبار العدد لان نظر
الواحد اخف والاحوط اثنتان او اكثر لما فيه من معنى الالزام وكذا استهلال
المولود في حق الصلاة تقبل شهادة امرأة في حق الارث عند ابي حنيفة لانه

من امور الدين كشهادتها وهلال رمضان ورواية الاخبار لا في حق الارث لانه
مما يطلع عليه الرجال هذا عند ابي حنيفة وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لان
الاستهلال علامة حياته ولا يعرف الا من يحضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار
كشهادتهن على نفس الولادة وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد ايضا لانه لما قبل
فيه شهادة امرأة كان الرجل بالطريق الاولى ثم تختلف فيما اذا تعمد النظر قال
بعضهم تقبل كما في الزنا ولغير ذلك اي يشترط لغير الحدود والقصاص ومالا يطلع
عليه الرجال رجلان او رجل وامرأتان مالا كان الحق او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق
والوكالة والوصية ونحو ذلك من الحقوق وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال
الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان
العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن
وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها
للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي ان عمر وعليا
رض اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية
والاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبتنى على
الحرية والاسلام ولوجود اهلية القبول وهي تبتنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط
فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط والاداء لان بالاول
لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل الدوام وبالثالث يحصل
العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل شهادتهن مطلقا
كالرجال ولكن جاء النص على خلافه لكنه يكون جبر نقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر
بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال الا ترى
ان هذه الحقوق تثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به والشبهة
اقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة ه وشرط للكل اي
لجميع مراتب الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه الحرية لان الشهادة من باب
الولاية ولا ولاية للعبد على نفسه فكيف تكون على غيره والاسلام لقوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والعدالة لقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولان من
يباشر غير الكذب من المعاصي قد يباشر الكذب ايضا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب
وبالعدالة يترجح جهة الصدق وهي الاجتناب عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر
الصدق ولان العدالة شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط اهلية
الشهادة لان الفاسق اهل للولاية القضاء والسلطنة فيكون اهلا للشهادة
الا ان فسقه اوجب التوقف في خبره للتهمة قال الله تعالى ان جاءكم فاسق

بنبأ من التبين والتثبت لا بالرد حتى إذا غلب على ظنه أنه صادق في الشهادة جاز أن
يحكم به وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لعدم
تمكن الكذب في شهادته لأنه لوجاهته لا يجاسر احد لاستيجاره لأداء الشهادة
ولمروته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والأول هو الأصح لما ذكرنا ولأن هذا قبول
شهادته لأجل ماله وقال النبي عم أكرموا الشهود فإن الله يحيي بهم الحقوق وفي حق
الفاسق أمرنا بإهانته قال النبي عم إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون
معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد له منه
ولفظ الشهادة لقوله تعالى واستشهدوا فإنه صريح في طلب الشهادة فيجب
عليه الإتيان بلفظها فلا يصح لو قال أعلم أو أتيقن لأن النصوص ناطقة باشتراط
فلا يقوم غيرها مقامها لأن فيها من زيادة توكيد لأنها من ألفاظ اليمين فيكون
معنى اليمين ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد ولا يوجد هذا
المعنى في غيرها من الألفاظ ه ولا يسأل قاض عن شاهد بلا طعن الخصم بل يقتصر
على ظاهر عدالة المسلم فإن طعن فيه سأل عنه سرا وجهرا إلا في حد وقود فإنه يسأل
عنه في السر والعلانية وإن لم يطعن الخصم هذا عند أبي حنيفة لقوله عم المسلمون
عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف ومثل ذلك روي عن عمر رض ولظاهر
قوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولأن
الظاهر هو الانزجار لأن عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفي بالظاهر
لعدم المنازع ولأنه كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده
إذا لم يكن له منازع وهذا لا يمكن الوصول إلى القطع بعدالته ولو زكي فالمزكي يخبر
بعدالته متمسكا بظاهر حاله لأن أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن
محظورات دينه ومواظبته على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وثبت بقطعية
فلا حاجة إلى اشتراط السؤال إلا إذا طعن الخصم فيه لأنه لما طعن كان ظاهرا بظاهر فتقابل
الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لأنهما يدرآن بالشبهات
ويحتال لإسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء من غير طعن خصم وقالا ان يسأل وعندهما
يسأل في سائر الحقوق سرا وعلانية لأن القضاء يبتنى على الحجة وهي شهادة
العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق
فوجب التعرف عنها صيانة للقضاء عن البطلان ولإسناد الحكمة إلى البرهان وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان لأن أبا حنيفة كان في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم النبي
عم بالخير والصلاح بقوله خير القرون قرني الذي أنا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم
ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد والآية التي
تلونا والحديث الذي روينا يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغير

أحوال الناس وظهرت الخيانة والكذب فأفتيا على ما شاهدا في زمانهما وبه أي بقولهما
يفتى في زماننا لأن الفساد في هذا العصر أكثر ثم التعديل في السؤال أن يكتب القاضي رقعة ذكر
فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومحلته وسوقه إن كان سوقيا ويرسلها إلى المزكي ويطلب
منه تعريف حال الشاهد فإن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في رقعة القاضي أنه عدل جائز الشهادة
وإن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله أعلم وإن لم يعرف حاله
يكتب تحت اسمه أنه مستور ويرد المزكي الرقعة إلى القاضي سرا كيلا يظهر فيخدع أو يؤذى
في السعاية وفي الخانية ومن أراد أن يجمع بين المعدل والشاهد ينبغي أن يشبه بعض الشهود
غيره عن القاضي حتى لا يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية
وحدها في الصدر الأول لأن الشوكة كانت لأهل الخير ولم يكن يعتمد عليهم أهل الشر
ويعتبر الاكتفاء بالسر في زماننا وقال محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ويكفي
للتزكية أن يقول هو عدل هو الأصح لأن من نشأ في دار الإسلام في زماننا كان الظاهر
من حاله الحرية والإسلام فلهذا لا يسأل القاضي عن صفة الشاهد وإسلامه ما لم ينازعه
الخصم ويكتفى بقوله هو عدل جائز الشهادة لأن العبد والمحدود في قذف إذا تاب
يكون عدلا ثم لا يكتفى بذلك في غيرها إن الخلاف يجوز ذلك في موضع الشهادة في الحدود
والقصاص والعقل فإنه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع إذا قال المدعى عليه إن
الشاهد عبد وكذا القاذف المحدود في قذف عبد أو قال الشاج المشجوج عبد وقالت
العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص ولا دية
النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة أنه حر وهي نظير العدالة عند
أبي حنيفة فإن القاضي يكتفي بظاهر العدالة لكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم
فيهم فإذا طعن سأل على ما بينا ه ولا يصح تعديل الخصم أي تعديل المدعى عليه
الشاهد بقوله هو عدل لكن أخطأ أو نسي لأن في زعم المدعي وشهوده أن المدعى
عليه ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا يصح هذا عند أبي حنيفة رض
وعندهما أن تزكيته تجوز إن كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد لا بد من ضم
آخر إليه لأنه لا يجوز تعديل الواحد وأبو يوسف يجوزه على ما يجيء والمراد فيما إذا
قال هم عدول لكنهم أخطأوا أو نسوا فإن قال هم عدول صدقة ثبت الحق لا بقوله بل
وإن قال هو عدل ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لأنهم مع كونهم عدولا يتوهم
منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونهم عدولا أن يكونوا كاذبين صدقا ه ويكفي الواحد
لتزكية السر والترجمة عن الشهود والرسالة أي رسول القاضي إلى المزكي
لأنه ليس من أمور الدين ولا يشترط فيه العدالة حتى يجوز تزكية العبد والمرأة
والأعمى والمحدود في قذف إذا تاب لأن خبر هؤلاء مقبول في الأمور الدينية فكذا
إلا أن روايتهم في الأصل مقبولة والاثنان أحوط وهذا عندهما وعند محمد رح

لابد في التزكية من الاثنين كما في الشهادة لانها في معنى الشهادة اذ ان ولاية القضاء تبتني
على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في معنى
الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية
من لا تقبل شهادته له كتزكية احد الزوجين الآخر وتزكية الولد والده وبالعكس واشتراط العدد
في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس فلا يتعدى الى غيرها كالاخبار في حق العمل بقول العدل
لا بالعدد كما في رواية الاخبار ولهذا قالوا فيها الترجيح بكثرة الرواة ما لم يبلغ حد التواتر ولا معنى
لاشتراط العدد في الشهادة ولكن تركناه بالنص فبقي ما وراءها على الاصل وفي المحيط اجاز
تزكية الصبي وقالوا يشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع وينبغي
للقاضي ان يختار في المسئلة عن الشهود من هو خبير باحوال الناس واكثرهم اختلاطا
بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع
بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به سأل اهل محلته وان لم يجد فيهم
ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر وتشترط
الحرية وسائر شروط الشهادة في تزكية العلانية سوى لفظ الشهادة بالاجماع
لان معنى الشهادة فيها اظهر فانها تختص بمجلس القضاء دون تزكية السر كما بيناه

فصل يشهد بما سمعه او رآه كالبيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل
اي يجوز له ان يشهد بكل ما يتم بنفسه اذا عاين السبب كالبيع وغيره مما ذكر وان لم
يشهد عليه لانه يجب عليه اذا دعي اليه لما تلونا ورويناه وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه
وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقول النبي عم اذا علمت مثل
الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه باع واقر لانه عاين السبب فوجب عليه
الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطي فكذلك
لان حقيقة البيع هو مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل يشهدون على البيع
لا يشهدون على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي ولا يقول اشهدني
لانه ما اشهده فيكون كاذبا وكذا في الاقرار فيقول انه اقر وبهذا لو قال
ولا يقول اشهدني لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان
يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم
انه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه
لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسره له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة وليس
من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير الا يرى ان الشهادة بالتسامع تجوز
في اشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز له
ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار ۞ ولا يشهد على شهادة غيره
اذا سمع اداءها او اشهاد الغير عليها ما لم يشهد هو عليها لان الشهادة لا تثبت

حكما بنفسه ولا يصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضاء ولهذا يعتبر عدالة الاصول فلا
يكون لغيره ان يجعل كلامه حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته الا بالتحميل
وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع السامع ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله
وانما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم يوكله لان
الموكل لم يرض برأيه ۞ ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو بخطه ما لم يتذكر اي لا يحل للشاهد
اذا رأى خطه ان يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة
شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي
ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان
يروي حتى يتذكر الشهادة او القضية او الرواية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة
ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عم اذا علمت مثل الشمس
فاشهد شرط ان يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه
الخط فلا يكون حجة لاحتمال انه مزور وهذا لان فائدة الكتابة ان يتذكر اذا نظر فيه
فاذا لم يفد للقلب التذكر صار وجوده كعدمه ۞ وعندهما يجوز ان كان محفوظا في يده
قال محمد يجوز لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة
توسعة للامر على الناس وقال ابو يوسف يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا
للقاضي ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد ان يشهد برؤية
خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب
كل حادثة فلو لم يكتف بما يجده في قمطره لتعطل امور الناس ولانه يجده في قمطره و
هو في يده تحت ختمه فيؤمن التبديل والتزوير وكتابة الرواة تكون في ايديهم فيؤمن
من التزوير ايضا غالبا دون كتابة الشهادة لان الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من
التبديل ولو نسي القاضي ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بانه قضى بكذا
فعلى الخلاف المذكور وقيل عند ابي يوسف لا يعتمد بذلك وعلى هذا الخلاف اذا اخبره قوم
شهدوا بانه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره
ثم نسي روايته لا اصل فسمعه ممن روى عنه فعند ابي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له
ان يحدث به وعند محمد له ان يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة
لا يسعه ان يشهد ۞ ولا يشهد عالم بما لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي واصل الوقف اذا اخبر بها من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين
لان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على
انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها التسامع ادى الى الحرج وتعطيل
الاحكام ولان الاسباب تقترن بها ما تشتهر به فان النسب تشتهر بالتهنئة ونسبة كل
واحد الى الآخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية وضجة النائحات والدفن

الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق به أحكام مشهورة من النسب والمهر والحل
وثبوت الإحصان والقضاء بقوله المنشور واختلاف الخصوم إليه وازدحامهم عليه
فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة
والإجارة وأمثالها لأنها لا تختص بمشاهدتها أسباب الخواص من الناس لا يحضره
الخاص والعام وبه جرت العادة ولأن الناس قاطبة يجمعون على أنهم يشهدون بهذه
الأشياء بالشهرة ثم في الموت يكفي العدل ولو أنثى هو المختار لأنه قد يتحقق في موضع لا يحضره
إلا واحد عدل فيعتبر لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة ويشترط في الأخبار لفظ الشهادة
في غير الموت وفي الموت لا يشترط لأنه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة ولو لم يعاين
الموت إلا شخص واحد ولو أراد أن يشهد بموته عند الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان
بذلك عند الحاكم وهو من عجب المسائل ويشهد من رأى جالسا مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم
أنه قاض قالوا وفي الأخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول ليحصل
له نوع علم أو غلبة ظن ومن رأى رجلا وامرأة يسكنان معا وبينهما انبساط الأزواج
انبساط وجهه حل وجاز له أن يشهد به وإن لم يعاين عقد النكاح وقوله وأصل الوقف
احترز به من شرائطه لأن أصل الوقف هو الذي يشتهر دون شرائطه فلا يقبل فيها
بالتسامع وذكر المرغيناني أنه لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا
المسجد أو الفقراء أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم
ثم فصل الاستثناء على هذه الأشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء وعن أبي يوسف
أنه يجوز لأنه بمنزلة النسب لقوله عم الولاء لحمة كلحمة النسب ولأن الحكم المتعلق
بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز التسامع تعطلت الأحكام
ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أن العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما
ينبني عليه وذكر شمس الأئمة السرخسي أن الشهادة بالعتق تقبل بالإجماع وذكر الحلواني
أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغي أن يفسر أنه يشهد بالتسامع فلو فسر لا تقبل
كمعاينة شيء في يد إنسان يطلق له الشهادة ولا تفصيل يقبل ومن رأى شيئا سوى
الآدمي في يد متصرف فيه تصرف الملاك أنه له إن وقع في قلبه ذلك يعني إذا
رأى في يد رجل عينا سوى الرقيق المعبر يتصرف فيه كتصرف الملاك ثم رآها في يد
غيره والأول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لأن اليد أقصى ما
يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فإن الإنسان وإن عاين
البيع أو غيره من الأسباب لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع وملك البائع
لا يعلم إلا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة
المفتوح بالإجماع فإنها إذا لم تجز يلزم انسداد بابها وعن أبي يوسف أنه يشترط
مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لأن الأصل في الشهادة العلم اليقيني وعند تعذره

٧٤

ذلك صار لي جائزا أشهد به بالقلب قالوا ويحتمل أن يكون شهادة القلب تفسيرا لما في
محمد في الرواية وهو قوله وسعه أن يشهد أنه له يعني إذا وقع ذلك في القلب
ثم المسألة على أربعة أقسام أحدها أن يعاين المالك والملك بأن عرف المالك باسمه
ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وهو في يده بلا منازعة أحد ثم رآه في يد
غيره بعد جاز له أن يشهد للأول بالملك إذا ادعاه بناء على يده والثاني أن يعاين
الملك دون المالك بأن عاين ملكا بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني و
هو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه الملك وادعى أن المحدود ملكه
على شخص حل له أن يشهد استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما
بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لأن فيهم المحجوب
والذي لا يبرز أصلا ولا يمكن أن يتصرف فيه وليوجد إثبات الملك بالتسامع وإنما هو
إثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه إثبات الملك به وهو لا يمتنع وإنما يمتنع إثباته قصدا
والثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس أنهم قالوا لفلان بن فلان
ضيعة في قرية كذا وحدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل
له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة
وسمع أن له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد
لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة وإلا في الآدمي إن علم رقه أو كان صغيرا
لا يعبر عن نفسه فكذلك بيانه من ادعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعي أنه نفسه
كان القول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا
إذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه وأما إذا كان غير مميز ولم يعرف بالرق وإن كان
لا يعبر عن نفسه أو كان معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك إذا رآه في يده
لأن الرقيق والصغير الذي لا يعبر عن نفسه لكونه في يد غيره إذ لا يد له على
نفسه فصار كسائر الأموال ولو فسر القاضي أنه يشهد بالتسامع أو بمعاينة
اليد لا أي لو فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز التسامع أو فسر أنه
يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لأن
التسامع والرؤية في اليد يجوز تملك والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة
إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو طلب واحتمال المشاهدة فيحمل عليه أما إذا كانت
عن تسامع أو رؤية في يده فلا يتبين علما قاطعا يجوز له أن يحكم إذ لا يرى أنه يجوز
له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية في يد إنسان فأولى أن لا يجوز
بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لأن القضاء يجب بما يجب به الشهادة وفيما
لا يجب لا يجب ومن شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى عليه قبلت وهو عيان
حتى لو فسر للقاضي قبل لأنه لم يشهد إلا بما علم فوجب قبولها [illegible]

الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وقوله عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو رواية عن ابي حنيفة لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه حالة قال ابو يوسف فيما اذا تحملها بصيرا لحصول العلم بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك ولا خلل في حفظه ولم يفت وصفه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا تفرق بينهما الا بالنغمة فتخشى عليه التلبيس من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما شاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر كالحدود والقصاص وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بطل لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لتصير حجة ٥ ولا شهادة المملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية لما فيه من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا ولا ولاية لهما على نفسه ولا ولاية لهما على انفسهما فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير الا ان يتحملا الشهادة حال الرق والصغر واديا بعد العتق والبلوغ لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الاداء هما اهل للشهادة ٥ ولا شهادة المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثناء اذا تعقب جملا بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو منصرف الى الجميع ما تقدم ولان هذا افتراء على عبد من عباد الله تعالى والافتراء على الله تعالى وهو الكفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد بل اذا اسلم تقبل شهادته فهذا اولى ولنا ما تلونا ووجهه ان الله تعالى رد شهادته على التأبيد فمن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون ردا لاقتضاء النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان رد الشهادة معطوف على الجلد المتقدم وهو حد فكذا هذا فصار من تمام الحد لان العطف للاشتراك ولا تغاير بينهما الا من النفي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تكلم فكان الكل جزاء جريمة الا ان حد كافرا ثم اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يحدث رد بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على احد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق فيصح التصور

قبولها من غير اقامة البينة على المقذوف فانه يكفي وهذا لان الرد من تتمة الحد فيتوقف الكافر ثم في حال كفره وفي العبد لا يتم الا بعد الحرية وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزأ فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروي عن ابي حنيفة انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته ٥ ولا الشهادة لاصله وان علا وفرعه وان سفل وعبده ومكاتبه واصل الرد فيه النص لقوله عم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز اداء بعضهم الزكاة الى البعض فيكون شهادته لنفسه من وجه ولا فرق بين ان يكون على العبد دين او لم يكن لان له حقا في ماله كيفما كان والمراد بالاجير في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عم لا شهادة للقانع باهل البيت واصل القنوع السؤال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والقانع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر على ما يعمل فاذا شهد له في مدة الاجارة فكانه شهد له باجر وروي ان الحسن بن علي رض شهد لعلي رض مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح ائت بشاهد اخر مكان الحسن او مكان قنبر قال علي اجعل مكان الحسن قال اما سمعت قول النبي عم يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد اخر فقضى الامر بها وفيها انه سمعته وزاده ... ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة وقيل في قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال خديجة يفيد ان المنافع بينهما متصلة فيعد احدهما غنيا بغنى صاحبه فاذا كان هذا في الزوجين فهو في الاولاد اولى ٥ ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطلت في نصيبه بطلت في نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزأ ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يجب في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا مدخل فيه العقار ولا العروض وهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا يبطل الشركة لان المساواة فيه ليس بشرط ٥ ولا شهادة المخنث الذي يفعل الردي ويلين كلامه عمدا ويكون ذلك منه معصية فلا تقبل شهادته لقوله عم لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء واما الذي

في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة والنائحة والمغنية لان النبي عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة اطلقه في حق المرأة ولم يقيده بكونها تغني للناس وقيد به في حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام في حقها علاوة على الرجل على ما تبين قالوا المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها مرتكب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا يسقط عدالتها والعدو بسبب الدنيا على عدوه لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يأمن من التقول عليه واما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لانه يأمن التدين فيدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان راى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك هذا المعنى ان المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت ولا من يلعب بالطيور ومدمن الشرب على اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه او يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وفي النهاية معزيا الى الذخيرة لا يجوز شهادة مدمن الخمر ثم لم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز شهادة مدمن السكر واراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان الحرمة في سائر الاشربة السكر فيشترط فيه الادمان على السكر والحرمة في الخمر نفس الشرب فيشترط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور ومن يلعب بالطيور لشدة غفلته واصراره على نوع لهو ولان الغالب فيه ان يصعد الى السطوح ليطيرها فينظر الى العورات وهو فسق وامساك الحمام للاستيناس ولا يطيرها فلا يخرج عدالته لان امساكها في البيوت مباح الا ان الناس يتخذون بروج الحمامات من غير نكير الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكله ويبيعه لانه ملك الغير ولا عداله ذلك ويسقط عدالته بذلك او يلعب بالطنبور لانه من اللهو او يغني للناس لانه يجمع الناس على اللهو واللعب ولا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب واذا كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا يقدح في الشهادة لما روي ان البراء بن مالك دخل عليه اخوه انس بن مالك وهو يغني والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رض وان انشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امرأة معينة فان كانت ميتة او كانت

فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من اجاز التغني في العرس لانه لا بأس بضرب الدف فيه لاعلان النكاح وقد قال النبي عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن المشايخ من قال ان كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا او يلعب بالنرد او يقامر بالشطرنج او تفوته الصلوة بسببه لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر الحلف عليه كاذبا لان كل ذلك من الكبائر وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق لحديث قال النبي عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه احد المعاني الثلاثة التي ذكرناها آنفا او يرتكب ما يوجب الحد لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي الكذب وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها اكل الربو واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وقيل كل ما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها في القرآن او في الحديث المشهور منع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب مرتكبه فصح دليلا على ارتكاب الكذب لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة او ياكل الربو شرط في الاصل ان يكون مشهورا به لانه قلما يخلو عنه في العقود او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة حرام قال النبي عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور وذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك المروءة او يفعل ما يستخف به كالاكل والبول على الطريق لانه لا يصدر ممن له مروءة فيصير متهما بارتكاب الكذب او يظهر سب السلف من الصحابة والتابعين والعلماء فانه يدل على قصور عقله وقلة مروءته ومن لم يمتنع عن مثله لا يمتنع عن الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفي السب وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انه تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل ممن يكثر شتم

٧٦

اهله ولا من يشتم الناس ٥ وتقبل الشهادة للاخ وعمه ومحرمه رضاعا او
مصاهرة لان الاملاك بينهم متميزة ولا يرى متميزة ولا بسوطه لبعضهم
في مال البعض فلا يتحقق التهمة علاوة شهادته لقرابته او احد الزوجين للاخر
وشهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهواء
لانهم فسقة اذ الفسق من حيث الاعتقاد اغلظ من حيث التعاطي ولا شهادة لفاسق
ولنا ان الفاسق انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل
على ذلك بل ما اوقعه فيه الا تدينه الا يرى ان فيهم من يكفر الذنب ومنهم من يجعل
منزلته بين الايمان والكفر فكان اقوى اجتنابا من الكذب حذارا عن الخروج من الدين
ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى
وهوى عن تاويل وتدين فلا يبطل عدالته به كمن يستبيح المثلث او ترك التسمية
واستدلوا على قبول شهادته فقالوا ان الاصحاب رسول الله عم ساعي معاوية
على مخالفة علي رض ولو شهدوا بان يدعى على رض كان يرد شهادتهم ومخالفة علي رض
بعد عثمان رض بدعة وهوى وكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عن تاويل
وتدين لم يمتنع قبول الشهادة وشرط في الذخيرة لقبول شهادته ان يكون هوى
لا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان اصول اهل الاهواء ستة الجبر والقدر والخروج
والرفض والتشبيه والتفضيل ثم ان كل واحد يصير اثني عشر فرقة والخطابية قوم
من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع يجوزون ان يشهد
للمدعي اذا حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا
تمكنت شبهة في شهادتهم فلعله اقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل انهم
يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته وذكر
الاقطع انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى
وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان علي بن ابي طالب الاله الاكبر وجعفر الصادق
الاله الاصغر والذمي على مثله لما روي ان النبي عم رجم يهوديين بشهادة يهود
عليهما بالزنا وعن ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله ان النبي عم اجاز
شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف وقوله تعالى من غيركم
اي من غير اهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا ايها الذين امنوا فهذا نص على ان
شهادة الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر اولى ثم انتساخه في
حق المسلمين لا يبطل ولا ينهم على المسلمين انتسخ لا يدل على انتساخه في حق الكافر
لبقاء ولاية بعضهم على بعض بقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد
به الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء فاذا
بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية لا محالة

يرجى

من الزنا العين فدل ذلك على ان الاية غير منسوخة في حقهم وان اختلفا ملة ان
كان احدهما حربيا او نصرانيا ولانه حربي لان الكفر كله ملة واحدة فتقبل
شهادة بعضهم على بعض لا شهادة الذمي على المستامن دون عكسه اي لا تقبل
شهادة المستامن على الذمي لان الذمي بعقد الذمة صار اعلى حالا منه وشهادة
المستامن على مثله ان كانا من دار واحدة تقبل شهادة احدهما على الاخر لا ان كانا
من دارين مختلفتين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار
تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع العصمة بينهما واستباحة كل واحد منهما
دم الاخر وماله وشهادة عدو بسبب الدنيا لانه لا يكذب لدينه كاهل الاهواء
وشهادة من لم يصر على صغيرة اي معصية صغيرة الا اجتنب الكبائر وغلب صوابه
على خطائه ولا صلا ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة واختلفوا في ذلك
واحسن ما قيل فيه ما نقل عن ابي يوسف ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر
ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه
لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا والفساد
ثم لا يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والاحتراز عن غيره لا تقدح في العدالة
اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء عليهم السلام فيؤدي اشتراطه
والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان لانه لا يخل بالعدالة
اذا تركه لعذر به لكبر وخوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل
شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس انه لا تقبل
شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدر ابو حنيفة للختان
وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة وهو سنة
للرجال دون النساء وقال بعض العلماء انه فرض ولنا قوله عم الختان للرجال
سنة وللنساء مكرمة وقال الحلواني كان النساء يختتن في زمن الصحابة رض وانما
كان ذلك مكرمة لانها تكون الذ عند المواقعة والخصي وولد الزنا والخنثى لتحقق
العدالة منهم لان قطع العضو او زيادته او خيانة ابويه لا توجب قدحا في العدالة وقبل
عمر رض شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل او امراة فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو
ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا يجعل امراة في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز
ان يشهد مع رجل ما لم يضم اليه امراة ولا مع النساء بلا رجل معهن والعمال
والمراد به عمال السلاطين الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية و
الصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل الذين يعملون بايديهم
ويوجرون انفسهم ولما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض اصحاب
رسول الله عم بل اكثرهم كانوا عمالا لان العمل عبادة ولهذا الاجر على تلك العبادة

بالعصمة الكبار ان الشهادة
وهي مشعرة بنفي السؤال وكيفه
وهنا انه في مشكل الكفوة
شهادة على انا ها عن عدالة

كانوا اعوانا على الظلم وهذا اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه
تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يجاسر احد على استيجاره
على الشهادة الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة وروي ان فضيل
ابن ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف في حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة
فقال الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته
قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان
كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي الكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي
فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح و
في زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا
حكمهم فيما تقدم وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون و
غيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل والظاهر انه اراد به من بخل بالواجبات كالزكوة
ونفقة الزوجات والاقارب والمعتق لمعتقه اي تقبل شهادة المعتق للذي اعتقه
وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسن شهدا لعلي رض عند شريح فقبل
شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رض ● والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا التحمل
لان العمل بها والالزام حالة الاداء فيعتبر الاهلية والولاية عنده ● ولو شهد الابنان
ان اباهما اوصى الى زيد وزيد يدعيه قبلت وان انكره لا ولو شهدا ان اباهما الغائب
وكله لا تقبل وان ادعاه يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا ان اباهما اوصى الى هذا
والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما وان انكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما
كما لا تجوز شهادتهما ان اباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى
الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا تجوز الوصية ايضا ولو شهد دائنان ان الميت اوصى
الى زيد وهو يدعيه قبلت وكذا لو شهد مديوناه او من اوصى لهما او وصياه جازت
شهادتهما استحسانا والقياس ان لا تجوز لجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ
ماله او من يستوفي منه او من يبرا ذمته بالتسليم اليه او من يعينه بالقيام على الوصية
والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي
ولاية نصب الوصي اذا كان الوصي طالبا وكان الموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة
مؤنة التعيين وزكياه شهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتامل فيمن تعين وفيمن يصلح
فتعين من ثبت صلاحيته نظرا للميت والا لم يوص لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة
شيء لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيئا لم يكن له لولا القرعة
ومع هذا جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي وقيل معنى القبول
ان يأمر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لا ان يبرا عن الدين بهذا الاداء لان
استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا تقبل في حقهما

● ولا تقبل الشهادة على جرح مجرد وهو ما يفسق به من غير ايجاب حق للشرع او
للعبد نحو هو فاسق او اكل ربوا او انه استاجرهم لان الفسق الجرح مما لا يدخل
تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله فلا
يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام
وللضرورة جائز اما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى
كقولهما زنوا او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه اثبات حق العبد كقولهما اخذوا
المال او قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان
فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد وايجاب حق العبد و
هو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود كذا
من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا علي به واقام على ذلك
بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال اعطيتهم المدعى من المال
الذي كان عنده حتى يشهدوا لي بالزور وطلب استرداده تقبل لان دعواه
صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال
صالحتهم بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي لم ادفع اليهم المال او قال استاجرهم
المدعي بكذا من المال على ان يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعى مجرد
جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه
مزعوم لغيره وليس له ولاية الزام غيره فكان جرحا مجردا ● وتقبل الشهادة على اقرار
المدعي بفسقهم لانه اقرار بانه لا حق له في المدعى او على انهم عبيد او محدودون
في قذف او شاربو خمر او قذفة او شركاء المدعي او انه استاجرهم بعشرة لكذا او لعطا
ذلك من مالي عنده او اني صالحتهم بكذا او دفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي شهود
لان في العبيد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس اشاعة الفاحشة من
عندهم وانما حكوا باظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على
اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم اخذوا اجرة على اداء هذه الشهادة او
اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه
في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة وفيه انه اذا اقام البينة على ان الشهود زناة او شربة
خمر تقبل ولو اقام انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم يتقادم
العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقادم لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات
الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردود ● ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت
بعض شهادتي قبل ان كان عدلا قوله اوهمت اي اخطات بذكر زيادة كانت باطلة او بنسيان
بعض ما كان يجب علي ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح
العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعد ما قام

عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت في خمسمائة يقضي بالف لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة السرخسي هذا اذا كان موضع شبهة اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او اسم المدعا عليه او ترك [illegible] الاشارة الى احد الخصمين وما يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا مأمونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان يقبل قوله ان كان عدلا ولا يتفاوت بين ان يكون قبل القضاء او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار او في بعض النسب ثم تذكر لذلك يقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكر ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في امور الدين ه

باب الاختلاف في الشهادة

شرط موافقة الشهادة الدعوى لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط قبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى سبق احد الشيئين بعد الدعوى اما الشهادة او اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفها فلم يمكن القضاء بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا تعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا عمل بها بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا تشترط الدعوى فيها ليس تشترط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل احد خصما في اثباتها فصار كأن الدعوى موجودة ولانه تعالى امرنا باقامته فكان طالبا حكما فلم يحتج الى قائم مقامه وفي حقوق العباد لا بد من طلبهم بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجب على استيفائها فلو ادعى ملكا بشراء او ارثا وشهدا بملكه مطلقا ردت شهادتهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما يختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة وفي عكسه اي في عكس ما مضى وهو ان ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا ترد شهادتهما بل تقبل لانهما شهدا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى لان القضاء لا يكون الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا

فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفة لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة فلا تقبل لو شهد احدهما بالف او مائة او طلقة وشهد الاخر بالفين او بمائتين او بطلقتين او ثلاث فيما اذا كان المدعي يدعي الالفين وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تقبل على الاقل وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان او الثلاث لهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا يرى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول ان يوافق البينة المدعى فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا تثبت شيء لان المدعي كذب من شهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين وهذا لا يراد باحدهما الاخر لم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيما اذا ثبت الالفان يثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا يرى انه لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يثبت شيء وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حيث لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا يرى ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعا عليه بذلك تقبل ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل ه ولو شهد احدهما بالف والاخر بالف ومائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت على الالف اتفاقا لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه وكذا مائة ومائة وعشرة وطلقة وطلقة ونصف اي لو شهد احدهما بمائة والاخر بمائة وعشرة قبلت على المائة وكذا لو شهد احدهما انه طلق امرأته طلقة واحدة والاخر انه طلقها طلقة ونصفا قبلت على طلقة بخلاف ما لو شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حقي كان كما قال الا اني استوفيت الزائد او ابرأته عنه فحينئذ تقبل

فلا بد من ظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل
شهادتهما كما اذا شهد احدهما على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس
بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا
وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواهما ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا
شهد احدهما النكاح والاخر التزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه
خلافا ولو شهد احدهما بالالف والاخر بالالفين لا تقبل عند ابي حنيفة وعندهما
تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى
لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين ٥ ولو شهدا بالف او ببعض الف وقال احدهما
قضيه كذا قبلت على الالف لا على القضاء ما لم يشهد به اخر لانهما اتفقا على وجوب
الالف قبيل وانفرد احدهما بقضاء بعضه فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون
بقوله قضاه بعضه مناقضا لشهادته بالالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة
معناه ان الذي عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا وينبغي لمن علمه
ان لا يشهد حتى يقر المدعي به اي بما قبضه كيلا يصير معينا على الظلم ٥ ولو شهدا
بقتله زيدا يوم النحر بمكة واخران بقتله اياه فيه بكوفة ردتا اي ردت طائفتا
الشهود لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى بالقبول من الاخرى وهذا
لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركات انقرض لكونه
عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات اخر غير الاول حدثه الله تعالى في ذلك المحل
ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرارا للاول واعادة له لان الاخبار
عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول على
القول يكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي وقع بها
القتل لا تقبل لما بينا فان قضي باحديهما اولا بطلت الاخرى يعني لو قضى القاضي
بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الاخرى لا تقبل لان الاولى
ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنقض بالثانية وهذا نظير ما لو كان مع رجل
ثوبان احدهما نجس فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع تحريه على طهارة الاخر لا يجوز له الصلوة
فيه لان الاول اتصل به حكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الاخر ٥ ولو شهدا بسرقة بقرة
واختلفا في لونها بان قال احدهما سرق بقرة بيضاء وقال الاخر بقرة سوداء قبلت شهادتهما
وقطع يده وان اختلفا في الذكورة والانوثة لا تقبل شهادتهما عند ابي حنيفة وعندهما
لا يقطع فيهما وان اختلفا في الغصب لا تقبل اتفاقا لهما ان سرقة السوداء غير سرقة
البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار
كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لا تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان
امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه انه لا تضعيف لا يدعى وصار

كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان السرقة
تكون في الليالي غالبا وتكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان
في بقرة واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والجانب الاخر اسود فيشهد كل واحد
بما راى او بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان في
بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان
سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحدة منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه
الحال فتكون الشهادة عن تحقيق وتامل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه ٥ ولو شهد
واحد بالشراء او الكتابة بالف والاخر بالف ومائة ردت الشهادة لان المقصود اثبات
السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به كالاختلاف في
الثمن فلا يتم النصاب على كل واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان
المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يكون المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا ان المقصود
اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم ثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم هو المقصود حقيقة
في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته
اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي ان الشهادة
تقبل لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف ومائة بان
يشتريه بالف ثم يزيد عليه مائة فقد اتفقا على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بان
شهد احدهما انه اشتراه بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم
امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بمائة دينار
وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد والقاتل
والراهن والمرأة لانهم لا يقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو يختلف
لما عرفت وان ادعى الاخر بان قال مولى العبد اعتقتك على الف ومائة والعبد يدعي
الالف وقال ولي القصاص صالحتك على الف ومائة والقاتل يدعي الالف وكذا
الباقيان كان كدعوى الدين اذ يثبت العتق والعفو والطلاق باعتراف صاحب
الحق فبقي الدعوى في الدين والمدعي في الرهن اذا كان المرتهن كان دعواه في الدين
بلا خفاء لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت
الدين كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين وفي اصل الشرح
لسبقه كدعوى الدين يثبت باقل المالين فيمكن ان يقع عند احد الشاهدين
بالف وعند الاخر اكثر ويمكن ايضا ان يكون الحق هو الاكثر لكنه قضى البعض على
الالف او ابرأه عنه عند احد الشاهدين دون الاخر فالتوفيق بينهما ممكن اما ههنا
فالمال يثبت بتبعية العقد والعقد بالالف غير العقد بالاكثر فبقي على كل واحد شاهد

فمن جملة يقبل كما في الطرف الآخر قال صاحب الزيد والعمدة في جوابه ان المشبه لا يجب ان
يكون في حكم المشبه به بجميع الوجوه بل المراد كونه كدعوى الدين ان الشاهدين اذا
كانا مختلفين لفظا لا تقبل عند ابي حنيفة وان كانا متفقين فان ادعى المدعي الاقل تقبل
شهادة الشاهدين للاكثر وان ادعى الاكثر تقبل على الاقل وانما كان كذلك لان المال
في هذه الصورة الا دين وان كان ثابتا بالعقد صار العقد وابطاله لكن لا مقصد
بالعكس وصار الدعوى لما عرفت ان صاحب الخيار ادعى العتق والعفو والطلاق
والمدعي في الرهن اذا كان هو المرتهن كان الدعوى في الدين ولا تعتبر العقد وان اعتبر
اعتبر بالتبع للدين كما في الرهن فظهر ان قوله فالمال يثبت بتبعية العقد انما نشأ من
عدم التفرقة بين ثبوت العقد وزواله والاجارة كالبيع في اول المدة للحاجة الى اثبات
العقد وكالدين بعدها والمدعي هو الموجر اذ لا حاجة هنا الى اثبات العقد وفي
النكاح تقبل بالالف استحسانا ولا فرق فيه بين دعوى الاقل والاكثر وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ردت الشهادة فيه ايضا لانه يقتضي شيئا كما في البيع لان المقصود من الجانبين
اثبات السبب والنكاح بالالف غير النكاح بالالفين وله ان المال في النكاح تابع
ولهذا يصح بلا تسمية المهر ومن حكم التابع ان لا يغير الاصل الا ترى انه لا يبطل
بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه الا اتفقا على ما هو الاصل
وهو الملك والحل موجب للقضاء واذا وجب بحق المهر المستقر وجب القضاء
بالاقل المتفق كما في المال المنفرد ولا بد من الجر في شهادة الارث بان يقول
الشاهد مات وتركه ميراثا للمدعي او مات وهذا ملكه او في يده يعني ملك
المورث لم يقض لوارثه بلا جر الا ان يشهدا بملكه او بيده او بيد مستعيره او بيد
مودعه وقت الموت يعني اذا ادعى الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه
واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجر الميراث بان
يقولا مات وتركها ميراثا له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد
من يقوم مقامه من المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول
الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا اثبت ملكه او يده عند الموت كان جرا
لانه اذا ثبت ملكه او ان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة وكذا اذا اثبت
يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك
الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان لانه مات مجهلا
لتركه الحفظ به والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت
اثباتا للملك واثبات يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن و
الغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغني اثبات الملك عن ذكر الجر والتكفي به عنه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فان الجر ليس بشرط عنده بل ملك المورث

ملك الوارث لكون الموروث خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به فصارت
الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ولهما ان ملك الوارث متجدد في
حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني
ما كان صدقة على المورث الفقير والمحتاج يحتاج الى النقل الا انه يكتفى باستصحاب
الحال مثبتا لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال
ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان بيده
من المغصوب والودائع فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فيجعل
اليد عند الموت دليل الملك فان قال الشاهدان كان هذا الشيء لاب المدعي
اعاره من ذي اليد او اودعه اياه قبلت بلا جر يعني اذا مات رجل فاقام وارثه بينة
على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف
البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب
الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد
وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع وان شهدا ان هذا الشيء
كان في يد المدعي منذ كذا ردت يعني اذا كانت دار في يد رجل فادعى آخر انها
له فاقام بينة انها كانت في يده منذ شهر او سنة لم تقبل وعن ابي يوسف
انها تقبل لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولهما ان هذه شهادة
قامت على مجهول وهو اليد فانها الآن منقطعة ويحتمل انها كانت يد ملك او
وديعة او اجارة او غصب فلا يحكم باعادتها بالشك وان شهدوا انه كان
ملكه قبلت لان الملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد ما يزيله ولو اقر المدعى عليه
انه كان في يد المدعي دفع اليه وكذا لو شهدا باقراره بذلك لان الاقرار
معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو
قال لفلان علي شيء صح ووجب عليه ولا تصح الشهادة به

باب الشهادة على الشهادة

تقبل الشهادة على الشهادة في غير حد وقود لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة
البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن الاصول فلا يثبتان بها كما لا يثبتان
بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل اولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة
البدلية ولو تكررت بان تكون الشهادة على الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى
غير نهاية وشرطها تعذر حضور الاصل بموته او مرضه او سفره لان جوازها للحاجة
عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد المرض ما لا يستطيع الحضور معه
الى مجلس الحاكم لاداء الشهادة فهو لا يسقط الا بالعجز فاذا سقط جاز له ان يحمل
غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وامر القاضي بالحضور

الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما لا يتفرغ للقضاء ومجلس
الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر الا يرى انه تتعلق
به احكام جمة من قصر الصلوة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط
الجمعة والاضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا
هذا الحكم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت
في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس والاول اصح لان العذر يتحقق بذلك كما في سائر
الاحكام والثاني وهو ما روي عن ابي يوسف ارفق لان احياء الحقوق واجب والشاهد ايضا
محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على
شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية
وروي عن محمد انه يجوز كيفما كان حتى روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد
فشهد الفرع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم ٥ وان شهد
عن كل اصل اثنان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب
على كل واحد منها ليثبت عند الحاكم لا تغاير فرعي الشاهدين حتى لو اشهد احدهما
على شهادته رجلين واشهد الآخر بعينهما جاز لقول علي رض لا يجوز على شهادة رجل
الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان شهادة
كل احد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة
لانها ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا على شهادة احدهما
جاز ان يشهدا على الآخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا على قضايا
كثيرة عندنا خلافا في امرين لان النصاب لم يتم بهما وشرط العدالة لم يثبت به شيء لان المرأتان
كرجل واحد ويعلم مما ذكرنا انه لا يجوز ان يشهد احد الاصلين على صاحبه مع رجل اخر لان شاهد الاصل
يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيئا ولان معنى الاصالة تقتضي
مشاهدة الحق ومعنى الفرعية تقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع
بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد
الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه
لثبت ثلاثة ارباع الحق ولا نظير له في الشرع ويجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام
النصاب ولا يشترط ان يكون الشهود على شهادته رجالا لان المرأة ايضا ان تشهد على
شهادة رجلين او رجل وامرأتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة
لما بينا ٥ وصفته ان يقول الاصل مخاطبا للفرع اشهد على شهادتي اني اشهد بكذا ولا بد
منه او مما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من ان يشهد عنده
كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء ويحصل له ما ذكرنا ويقول له عند التحميل
اشهدني على نفسه ان شاء وليس بلازم لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهد على

نفسه ولو قال اشهد اني سمعت ان فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد على شهادتي بذلك
او قال اشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد انت على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود
به ولا يقول اشهد علي بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق
المشهود به فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون امرا بان
يشهد بمثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب ويقول الفرع
عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال اشهد على شهادتي به
واقصر منه ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا ولا يحتاج
الى زيادة شيء وهو مختار الفقيه ابي الليث واستاذيه ابي جعفر وشمس الائمة
السرخسي روي ان ابا جعفر كان يخالف فيه علماء عصره فاخرج لهم الرواية
من السير فانقادوا له ٥ ويصح تعديل الفرع اصله لان الفروع من اهل التزكية
فيصح تعديلهم شهود الاصل وكذا يصح تعديل احد الشاهدين الآخر ولا تهمة
فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادته
على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم
ترد برد شهادة صاحبه ولا تقبل بضم اخر معه فالتهمة في الرد فيهما قائمة لعدم كمال
النصاب وذلك لا يضره فان سكت الفرع عنه اي عن تعديل الاصل جاز نقل شهادة
الاصل ان كان مستورا ونظر في حاله اي في حال الاصل فان عرف بالعدالة يقبل
شهادته وهذا عند ابي يوسف وقال محمد ترد شهادته اذ لا شهادة الا بالعدالة فاذا
لم يعرف الفروع عدالة الاصل لم تقبل شهادتهم فيحال الى القاضي ان كان يعرف
الفروع والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون
الآخر يسأل عن الذين لم يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال
في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع وفي الصحيح
ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين ان يشهد الفروع للقاضي لا يعرف عدالتهم او يجهل
عدالتهم ٥ وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل الشهادة يعني اذا قال شهود الاصل
لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل
شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول والفروع لان الاصول
يحتمل ان يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال ٥ وان شهدا على شهادة
اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها وجاء المدعي
بامرأة لم يدريا انها هي ام لا قيل له هات شاهدين انها هي لان التعريف بالنسبة قد
تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان يكون لغيرها فلا بد
من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره لو شهدوا ببيع محدود بذكر حدوده من غير
معرفة عينه وشهدوا على الخصم لا بد من آخرين يشهدان ان المحدود بتلك الحدود في

يد المدعا عليه ليصح القضاء به وكذا اذا انكر المدعا عليه ان الحدود المذكورة في
الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان ان الحدود المذكورة
في الشهادة حدود ما في يده وكذا في نقل الشهادة معناه ان القاضي اذا كتب الى
القاضي الاخر ان فلانا او فلانا شهد عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان
الفلانية واحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون
هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين اخرين انها هي المنسوبة بتلك النسبة
كما في المسئلة الاولى كما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لو اثبته
ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل اصل
على ما بيناه قال فلانة جدها اي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب
القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لا يجوز حتى ينسباها الى فخذها
وهو الجد الاعلى والتعريف شرط فيه وهو يتم بذكر الجد والفخذ دون اول النسب
الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكلما اخص وبنسبة خاصة
والنسبة الى المصر والمحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة ثم اعلم ان
هذا في العرب واما في العجم فلا يشترط ذكر الفخذ لانهم ضيعوا انسابهم كذا ذكر
بل ذكر الصناعة يقوم مقام ذكر الفخذ ثم اعلم ان من اقر انه شهد زورا لا يعزر
ولا يعزر بل يشهره الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا عند جماعتهم
فيقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس هذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يوجعه ضربا ويحبسه وهو قول الشافعي فان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد
الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ونحن قلنا انما صنع ذلك سياسة والا فالمقر ان شهادة
الزور ولا يعلم الا باقراره ولا يعلم بالبينة

باب الرجوع عن الشهادة

اعلم ان
الشهادة فرض لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه
اثم قلبه وقال النبي عم كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر
وفي الحديث الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات
والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها واذا وقعت منه خطأ او عمدا يجب عليه
ان يتوب والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكم ولا تصح عنها الا استحياء عن الناس
وخوفا للشنعة لان الاستحياء من الخالق اولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك
ما تلف بالزور ولان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في حق المدعي ثم ركن
الرجوع ان يقول رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت وشرطه ان يكون في مجلس
القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله التعزير فقط لا يصح الرجوع عنها
الا عند قاض لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس الحاكم اي حاكم كان
كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضى المتبايعين

ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عم
السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب ان يكون توبتها كذلك
فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند غيره لا عند قاض لم تقبل برهانه عليه اي لو اقام
المقضي عليه بشاهدين بينة انهما رجعا عند غير القاضي وطلب يمينهما لا تقبل بينته ولا
يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا اقرا انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح
اقرارهما وان اقرا برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعهما في الحال بخلاف ما لو
ادعى وقوعه عند قاض اخر وتضمينه اياهما يعني اذا اقام البينة انهما رجعا عند قاض اخر
غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل بينته هنا لانه ادعى رجوعا صحيحا فان رجعا قبل
الحكم لا يحكم لان كلامهما متناقض والقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان لاحد من
الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا على احد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا القضاء
فلم يتلفا على المدعا عليه شيئا ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما
بل هو باق على اصل العدم على ما كان وان بعده لا ينقض اي ان رجعا بعد ما حكم الحاكم
بشهادتهما لم ينفسخ الحكم لان كلامهما متناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض
لانهما مستويان في الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وضمنا ما اتلفاه
بها للمشهود عليه اذا قبض المدعي مدعاه دينا كان او عينا لان التسبب على وجه التعدي
يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما فان رجع احدهما
ضمن نصفا والعبرة لمن بقي لا لمن رجع وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة
ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بان بقي النصاب وفي هذه المسئلة
بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف فان شهد ثلثة ورجع واحد لا يضمن لانه بقي
من بقي بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام
فيه وقد بقيا فصار الحق مستحقا بهما والاستحقاق يمنع وجوب الضمان كمن اتلف
مال انسان ثم استحق المتلف ببينة لا يضمن للاول شيئا فكذا هذا فان رجع اخر ضمنا
نصفا لانه بقي واحد منهم فيبقى ببقائه نصف الحق ه وان شهد رجل وامرأتان
فرجعت واحدة من المرأتين ضمنت ربعا لبقاء ثلثة الارباع ببقاء رجل وامرأة
لان الرجل وحده بالنصف وان رجعتا كلتاهما ضمنتا نصفا لانه ببقاء الرجل بقي
نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع
اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امرأتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر
ه وان شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان من النسوة لا يضمن شيئا لانه بقي
من بقي بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان فان رجعت اخرى ضمن النسوة التسع
ربعا لانه ببقاء الرجل والمرأة بقي ثلثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة
وان رجع النسوة العشر ضمن نصفا وان رجع الكل فعلى الرجل سدس وعليهن

خمسة اسداس وهذا عند ابي حنيفة وعندهما عليه نصف وعليهن نصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل معهن فهذا ان الحجة تتم
بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا
لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا يتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير
هذا الحكم بكثرة النساء فلما ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف
الاخر ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امرأتين يقومان
مقام رجل واحد قال النبي عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل
واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم
الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع
مع الرجال الا ترى ان كل اثنتين منهن في الميراث يقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن
لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن بابن يزداد حصتهن بكثرتهن
فكذا هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه
بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذا لو رجع الرجل وحده عليه نصف الحق
لبقاء من يقوم بالنصف وقال في المحيط لو رجع الرجل وثماني نسوة فعلى الرجل نصف
الحق ولا شيء على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النسوة
من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن وهذا يستقيم على
ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل
وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كذلك لما وجب على المرأة شيء وان شهد رجلان
وامرأة ثم رجعوا فالعوض على الرجلين خاصة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد
فلا يضاف الحكم اليه عادة فما اذا شهد رجلان وامرأتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة
ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن
ثلاثة الاخماس على الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما
ولا يجب على المرأة شيء وعنده عليهما وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم ولا يضمن راجع
شهد بنكاح بمهر يعني مسمى على ما ادعيه لان المشهود عليه اتلفا عليه
شيئا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا اتلاف الا ما زاد على مهر المثل يعني ان كان
مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله
او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول في ملك الزوج متقوم وحد بما ان
الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزائد
للزوج لانهما اتلفا عليه قدر الزيادة بلا عوض ولا من شهد بطلاق بعد الدخول
يعني لو شهدا انه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة
لا يضمنان لان المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما فلا اتلاف ويضمن في الطلاق

قبل الدخول نصف المهر يعني لو شهدا بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا
ضمنا للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط لاحتمال الارتداد
وتقبيل ابن الزوج او ابيه فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط المهر به ولان التأكيد حكم
الايجاب فصار كانهما اوجبا عليه وفي البيع ما نقص عن قيمة المبيع يعني اذا شهدا على
البائع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان البيع بمثل القيمة او اكثر لانهما
لم يتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وان شهدا
عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر اتلفا عليه بلا عوض
ولا فرق في ذلك بين ان يكون البيع بخيار الشرط او كان باتا لان السبب هو البيع
السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا
اليهما وفي العتق القيمة اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا
عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض
وفي القصاص الدية فقط اي اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بانه قتل فلانا
عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي
يقتص منهما لانهما تسببا القتل فصارا كالمكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع
فكانت الشهادة افضى الى القتل واولى بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا للقتل
ولسنا نحيل اما الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفى بل جانب العفو مندوب والتسبيب
لا يوجب القصاص كحفر البئر ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية
وهو القتل مباشرة عمدا بالة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل
حقيقة وانما تصير قتلا بواسطة تثبت في يد الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولي
قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المسبب كدلالة
السارق وفتح باب القفص ومن قيد العبد ولم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة
ولا حكما لعدم الالجاء لان الالجاء هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فوق
نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي
لان القاضي انما يخاف العقوبة في الاخرة فلا يصير بذلك مقهورا والولي مباشر
القتل باختياره ولهذا يندب الى العفو اذ هو مندوب اليه فكيف يتأتى الاكراه
في حقه بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل الى
المكره والمكره كالالة له ولان اقل احواله ان يكون شبهة والقصاص يسقط بها
دون الدية لان المال لا يسقط مع الشبهة فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله
حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن الشاهدين لان الولي
متلف له حقيقة والشاهدان له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حق الضمان
وانما ضمن لا يرجع على صاحبه عند ابي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن

الشاهدين فلهما ان يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه
بما لحقهما بها كما لو شهدا انه قتله خطأ فقضى له بها واخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا
لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر اذا
غصب منه آخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الاول فضمنه فالغاصب الاول
يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدبر وهذا لان القصاص
مما يملك في الجملة حتى يملكه الولي ووارثه [illegible] من له القصاص وله بدل متقوم عند
التملك فيكون السبب منعقدا على ان يعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين
على مس السماء منعقد في ايجاب الكفارة الذي هو خلف عن البر لان الاصل
هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للمولى
القيمة كان لهم ان يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا منه شيئا ولابي حنيفة
ان الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه
على غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر لانه لا يعتبر
مجرد التسبب مع المباشر الا يرى ان الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا انهم
جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره واما في الخطأ فانما يرجعان عليه لانهما
لما ضمنا ملكا الدية وقد تلقاه القاضي بصفة الحاجة فيرجعان عليه ولانه
ينعقد السبب موجبا للحكم على ان يعمل في بدله الا لو كان السبب مما يتصور وجود
حكمه ولا يتصور وجود الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في خلفه
كاليمين الغموس ولو كان القصاص مملوكا لانسان حقيقة لم يضمنه المتلف له
بان قتله شخص او شهد عليه شهود العفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا
الشهود شيئا لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون اقوى من وجود الملك حقيقة
وبهذا فارق مسئلة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان مالكا حقيقة لكان
يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب له
فيكون له ان يرجع بالمال كذلك ه ويضمن الفرع ان رجع لان التلف مضاف
الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم لا الاصل ان قال لم اشهده على
شهادتي اي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود الفرع ولو قال الاصل
اشهدته وغلطت ضمن عند محمد لان القضاء وقع بشهادة الفرع لان القاضي عاين
الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم انكروا السبب
اصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء به لانه
الكلام منهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضي بشهادة
الفروع [illegible] وهو شرط فقط وقال محمد يضمن شهود الاصل فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا
لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقلهم شهادتهم الى مجلس القاضي فيصل

القضاء بشهادة الاصول فلهذا يعتبر عدالتهم فصار كانهم حضروا بانفسهم مجلس
القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا
لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان الموجود من الاصول
شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا لاتلاف شيء فلا
يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة تختص بمجلس القضاء ولهذا اختص الرجوع
به بناء عليه للتناسب ولانا نقول ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى
مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن اداء الشهادة كان عليهم الاداء
اذا دعاهم المدعي عليه ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع و
لكنهم يشهدون على ما عاينوا وهو شهادة الاصول اياهم على شهادتهم فصار كما
لو شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول فقالوا اشهدناهم على ذلك
ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين
ه وان رجع الاصل والفرع ضمن الفرع فقط عندهما لان الاتلاف يحصل بالشهادة
الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون للتلف
من وجه وقد عرف ان المباشر والمسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على
المباشر دون المسبب وعند محمد يضمن المشهود عليه اي الفريقين شاء ان شاء
ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع مباشرة
من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع
نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بامرهم فيتخير في تضمين اي الفريقين شاء والجهتان
متغايرتان لان شهادة الاصول على عين الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول
وقول الفرع كذب اصلي او غلط ليس بشيء يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من
القضاء لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا
وانما شهدوا على غيرهم بانهم كذبوا ه وان رجع المزكي عن التزكية ضمن عند ابي حنيفة
خلافا لهما لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على المشهود عليه
بان شهدوا على احصانه الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف
وهو الزنا شيئا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما اثنوا على الشهود فصاروا في
المعنى كشهود الاحصان ولابي حنيفة انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصار
بمنزلة من اثبت سببا للاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون
التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة
وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب
موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه وهذا يثبت الاحصان وهذا يشبه الاحصان
بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بها فصار التلف

مضافا اليها كما تضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز ان يكون النساء مزكيات مع الرجال
في الحدود كما لا يصلحن للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها
وهذا لان الشاهد هو المعتبر والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة
مؤثرة تضاف اليها احكام العلة اذ الشهادة لا توجب العمل الا بعد العدالة بخلاف شهود الاحصان
فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم اثنوا عليه بصفات حميدة وهو انه مسلم تزوج امرأة
نكاحا صحيحا ودخل بها وهي صفات شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا ولا يكون
موجبة لها لان الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون
احدهما سببا للآخر فعلم انه لا يوجب الزنا ولا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود
الاحصان ○ ولا يضمن شاهد الاحصان برجوعه اي شهدوا على الزنا وشهد
الشهود على احصان الزاني فرجم ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا لان الاحصان
شرط محض لا يضاف الحكم اليه بخلاف التزكية ○ ولو رجع شاهد اليمين وشاهد
الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة اي اذا شهد شاهدان انه علق عتق عبده بشرط
وشهد شاهدان على وجود الشرط فحكم بالعتق ثم رجع الكل ضمن شاهدا اليمين لانهما
شاهدا العلة لان التلف انما حصل بالاعتاق وهما اثبتا ذلك الكلام والتعليق بالشرط
كان مانعا فعند وجود الشرط اضيف التلف الى علته لا زوال المانع ولو رجع شاهد
الشرط وحده اختلف المشايخ فعند بعض مشايخنا يضمن لان الشرط اذا لم تعارضه العلة
صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلل لم يجعل علة لذواتها فجاز ان تخلفها
الشروط والصحيح ان شاهد الشرط لا يضمن بحال نص عليه في الزيادات واليه مال
شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي واذا شهد شاهدان
بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الايقاع
لانه العلة والتفويض سبب ○ ومن علم انه شهد زورا شهر ولا يعزر اي
لا يضرب عند ابي حنيفة وعندهما يوجع ضربا ويحبس وهو قول الشافعي اتصل
بشهادته القضاء او لم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها
حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عم ايها الناس
عدلت شهادة الزور الاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من
الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال عم الاشراك بالله وعقوق
الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع
وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهما ما روي عن عمر رض انه ضرب شاهد
الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رح ان شريحا رح كان يشهر و
لا يضرب وكان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد
العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا

شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رح وان كان تابعيا لكنه زاحم الصحابة
رضي الله عنهم في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فمن كان بهذه
المثابة من ائمة التابعين فحكمه حكم الصحابة وكان هو قاضيا في زمن عمر رضي الله عنه
ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم فيكون تقليده تقليدا لهم ضرورة
وما روي عن عمر رض كان سياسة بدليل تبليغه اربعين وهو حد العبد في القذف
وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع ولم يقولوا به لنهي النبي عم عن المثلة ولو في
الكلب العقور قال الامام الحاكم ابو محمد الكاتب هذه المسألة على ثلثة اوجه احدها
ان يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني ان يرجع من غير توبة
وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث ان لا يعلم رجوعه باي سبب فانه
على الاختلاف ولا علم اثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة الاثبات لا نفيه
في اقراره على نفسه فيقبل اقراره على نفسه ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا
اذا شهدوا بقتل شخص او موته ثم جاء المشهود بقتله او بموته حيا لتيقننا بكذبهم
والرجال والنساء واهل الذمة في شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادته بعد ذلك
اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب
وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق وان كان عدلا او مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان
عدالته لا يعتمد وروى الفقيه ابو جعفر عن ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه يفتى
وسببها انواع اما معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى واما معنى في المشهود له
وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة الولاد والزوجية واما الدليل شرعي
وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن الاتيان باربعة
شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون

يأتوا

كتاب الوكالة

هي في اللغة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى وقيل هي بمعنى التفويض و
الاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا اليه وفي الشريعة
اقامة الغير مقام نفسه في التصرف الجائز المعلوم حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما
يثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله
صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام رضي الله عنه بشراء الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب
الكهف فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة
من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن
حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج ○
وشرطها كون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر
على التصرف من قبله ولا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة على التصرف

قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالشرط ان يكون حاصلا ما يملكه
الوكيل واما كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي
ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف
نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي ولابد ان يكون الموكل
ممن يلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فاذا كان ممن لا تثبت له الاحكام
لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما وكون الوكيل يعقل العقد ويقصده
اي يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش
من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم او الربح لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل
في العبارة فلابد ان يكون من اهل العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقل
فيصح توكيل الحر البالغ او المأذون عبدا كان ذلك المأذون او صبيا حرا عاقلا او
مأذونا اي يصح توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر
البالغ او صبيا عاقلا او عبدا محجورين لوجود الشرط المذكور في الكل اذ كل
بكل ما يعقده هو بنفسه اي يجوز التوكيل بكل شيء جاز ان يعقده هو بنفسه
لما ذكرنا من الحاجة والادلة وبايفاء كل حق وباستيفائه الا في استيفاء حد وقود
فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لانه يسقط بالشبهات فلا يستوفى بما
يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة وقال الشافعي يستوفى القصاص حال
غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط بالشبهات وشبهة العفو
ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى بل هو الظاهر لان العفو
مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل
حاضرا لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة هدايته في
الاستيفاء او لان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لان رجوعهم
نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة
البينة فاذا قامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل
باثباتها ايضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة
الا انه يجوزه من غير عذر ولا رضى الخصم وعند ابي حنيفة لا يجوز الا باحدهما
وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل واما حال الحضرة فهو جائز اجماعا لان
كلام من يوجد من الوكيل ينتقل الى الموكل اذ لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف
في موضعه ولابي يوسف ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل ولا مدخل للابدال
في هذا الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي
ولا شهادة النساء ولا من الاخرس لان اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من
الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح به لا يصح بالاثبات ايضا ولهما ان التوكيل تناول

ما ليس بحد ولا قصاص ولا نسلم ان وجوب الحد الى الخصومة فصح التوكيل فيها كما
في سائر الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف
الى الشهادة والخصومة شرط محض لا تاثير لها في الوجوب ولا في الظهور لان الحكم لا يضاف
الى الشرط وعلى التسليم اذا وقع فيه الغلط على الاستيفاء وعلى هذا الخلاف
التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة فيه اظهر
لان التوكيل وقع برفع دعوى القصاص والحدود ودفعها تثبت مع الشبهة حتى
حتى تثبت العفو عن القصاص الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال عند ان اقر
الوكيل لا يقبل فيه استحسانا لان فيه شبهة عدم الامر والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب
لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه
لا يجوز توكيله به وبالخصومة في كل حق بشرط رضى الخصم للزوم الا ان يكون الموكل مريضا
لا يمكنه حضور مجلس الحكم او غائبا مسافة سفر او مريدا للسفر او مخدرة غير معتادة
الخروج الى مجلس الحاكم فحينئذ يجوز بغير رضى الخصم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط
رضى الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعي لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون
رضى الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى التوكيل اذ لا يهتدي
اليها كل احد ولا يرضى بها عند الحكام كل احد وكان عبد الله بن جعفر رضي الله عنه كان
علي رضي لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان لها قحما وكان
اذا خوصم في شيء من امواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر فقال
هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي ولانه يملك مباشرتها لنفسه
من غير رضى الخصم فكذا يملك التوكيل بها من غير رضى الخصم كسائر حقوقه
ولابي حنيفة ان التوكيل حوالة وهي لا تجوز الا برضى المحال عليه فكذا التوكيل وهذا
لان الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة الا ترى انه لا يوكل
الا من هو الد وانشد انكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة
بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار التي ذكرناها لان الجواب غير مستحق فيه في
هذه الحالة فلا يكون فيه اسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر
لكن القاضي ينظر في حاله وفي هيئته فانه لا يخفى هيئة من يسافر والمتأخرون من
اصحابنا اختاروا الفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الاباء من قبول
التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل
قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
ومن الاعذار الحيض من المرأة اذا كان الحكم في المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي
الذي ترجعوا اليه ٥ وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كبيع واجارة وصلح
عن اقرار تتعلق به اي بالوكيل ان لم يكن محجورا فيسلم المبيع ويتسلمه ويقبض الثمن

ويطالب به ويرجع به عند الاستحقاق ويخاصم في عيب مشريه ويرده به ان لم يسلمه الى
موكله وبعد تسليمه لا الا باذنه ويخاصم في عيب مبيعه وفي شفعته ان كان في يده
والملك يثبت للموكل ابتداء فلا يعتق قريب وكيل شراه وقال الشافعي تتعلق بالموكل
لان الحقوق تبع للحكم ولنا انه اصل والوكيل ليس باصل في حق الحكم فلا يكون اصلا في
حق الحقوق التي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح والخلع ولنا ان الوكيل اصل
في العقد لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه ادميا عاقلا فقضيته ان يكون
الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة
كيلا يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة في حقها والدليل على انه اصل في
العقد استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كالرسول لما استغنى عن اضافته اليه كالرسول
والوكيل بالنكاح والخلع حتى لو اضافه الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه تستغني
اضافة العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا اضافه اليه كان اصيلا فيه فيتعلق به ما استحق
فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق
ما باع او رجوعه هو بالثمن على بايعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك
ولا نسلم ان الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية فلنا
ان نمنع والصحيح انه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه يعني ان الوكيل اصل في حق الكل لكن في حق
الحكم خلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلا فيه كالعبد يتهب او يصطاد ولهذا لا يعتق
على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الى اخره و
كذا اذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فلو كان
اصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لانه اجنبي عنها وفي قوله
تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة الى ان العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق
ولزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال او مؤجل جاز بيعه
ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا
واستحسانا لكون العهدة على الامر حتى يطالب البايع الامر بالثمن دون المباشر لان
ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن
في المشترى وهذا لا يفيده فيه وانما يلزمه مالا في ذمته ويستوجب مثل ذلك على موكله
وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس ان يلزمه العهدة و
في الاستحسان يلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى وهنا يملك
المشترى من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما اذا اشتراه لنفسه ثم باعه منه
وهو من اهل التزام الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما حتى
لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى ٥ وحقوق عقد يضيفه الى موكله تتعلق
بالموكل كنكاح وخلع وصلح عن انكار ودم عمد وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة واعارة

وايداع ورهن واقراض وشركة ومضاربة فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة
بتسليمها ولا يبرأ الخلع لان الوكيل في تلك الحقوق سفير محض ولهذا لا يستغني عن
اضافته الى الموكل حتى لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور
ان يكون السبب صادرا عن شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا
وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات اما غير
النكاح فظاهر وكذا النكاح لانه يسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في
الابضاع الحرمة وكان اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن
من الوطي وهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما وراء الوطي فهو اسقاط
جريا على الاصل اذ الحرية تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز ان يسقط في حق الوكيل
ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم
النكاح ثابتا لمن اضيف اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل
عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره
وهذا لان الحكم فيه خلوص ما هو قابل للتملك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال
من ملك الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص فجاز ان يصدر السبب من شخص
اصالة ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير اصل اذ جواز الانتقال عنه عندهم في كل
ومن اخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع و
الاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا
للغير فلا يجعل اصلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا
لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا ولان المستقرض يلتزم
بدل القرض في ذمته فصار نظير ما لو قال ابع شيئا من مالك على ان يكون عوضه لي ٥ و
اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طلب المشتري بالثمن فللمشتري منع الثمن
عن الموكل لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بيناه
فان دفعه اليه اي ان دفع الثمن الى الموكل صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المعوض
حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم دفعه عليه وبرئت ذمة المشتري بوصول الثمن الى
مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته
بل يجب عليه ان يدفع الثمن الى الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله اصلا فلا يكون
له الاخذ من المديون فيكون في الدفع اليه تضييع فلا يعتد به واما الموكل في مسألتنا
فيتصرف في ماله ولا يتقدم احد عليه فيه فيكون قبضه معتبرا وان كان للمشتري
على الموكل دين وقعت المقاصة به لوصول الحق اليه بطريق التقاص وكذا ان كان
له على الوكيل دين وقعت المقاصة به خلافا لابي يوسف حيث لا تقع المقاصة
بدين الوكيل عنده وهو مبني على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه

فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء ان المقاصة ابراء
بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض وهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل
اولا عندهما كما لو ابراه مجانا فانه يبرا ويبرا الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول ابي يوسف
استحسان ووجهه ان الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه
تصرف فيه على خلاف ما امره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف
ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه قولهما ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص
حق الوكيل الا يرى ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يمكن من
ذلك فكان هو بالابراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه بقبضه يتعين
ملكا للامر في المقبوض ويضمنه الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل وان كان دينه
عليهما فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل لان الثمن حق الموكل ولان المقاصة ابراء بعوض
فيعتبر بالابراء بغير عوض

باب الوكالة بالبيع والشراء

لا يصح التوكيل
بشراء شيء يشمل اجناسا لان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن ردها يمنع صحة
الوكالة كالرقيق فانه ينقسم الى ذكر وانثى ثم كل منهما قد يقصد منه الجمال كما في التركي
وقد يقصد منه الخدمة كما في الهندي والثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس
الى الكساء والدابة فانها في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
ينطلق على الخيل والبغال والحمار او ما هو كالاجناس كالدار فانها تختلف باختلاف
الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان وان بين الثمن لانه بذلك الثمن يوجد
من كل جنس ولا يدرى مراد الامر لتفاحش الجهالة فيتعذر الامتثال فان سمى نوع
الثوب كالهروي جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل جاز بين ثمنا او لا لانه
بذكر النوع تقل الجهالة وهي متحملة في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود
الموكل لانه ينظر الى حاله اذا خالف في الصفة لا يوجب اختلاف اصل المقصود في شرط
ومثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس الثمن يصير معلوما عادة فصار
كما لو وكله بشراء ثوب هروي على اي صفة كان او بين ثمن الدار والمحلة كما اذا قال اشتر لي
دارا بالف درهم بالكوفة يجوز ولو لم يبين محلة لا يجوز او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي
جازت الوكالة اذ بذكر الجنس والنوع يصير الفعل المامور به معلوما فيمكنه الايتمار او بين
ثمنا يعين نوعا كما اذا قال اشتر لي عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لانه بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما عادة فلا يمنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت
الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة والرداءة والسطة او عمم فقال ابتع لي ما رايت جازت فانه فوض
الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع على الامر اعلم ان الجهالة ثلاثة انواع جهالة
فاحشة وهي الجهالة في الجنس تمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن او لم يبين كما لو وكله بشراء
ثوب او دابة او رقيق والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس

او حمار او ثوب هروي او نحو ذلك فانه يجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن والثالثة
جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشراء عبد او جارية ان بين الثمن او النوع
بان قال عبدا تركيا او حبشيا او نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما
لم يجز وخلاصة ما ذكر ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا يجوز التوكيل مطلقا وان
كانت في النوع يجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت انواعا فان ذكر الثمن او
النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين التحق بالاول فلم يجز والجنس ما يجمع تحته
انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يندرج تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال
على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل
كل اسم منتظم اشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذي ذكرنا
كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم بان قال ابتع لي ما رايت جازت الوكالة وكذا
لو قال اشتر لي بالف ثيابا او دواب او اشياء او ما شئت او ما رايت او اي شيء حضرك
او ما يوجد او ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رايه وكذا لو قال اشتر
لي بالف وبع جازت الوكالة ويصير مستقرضا الالف منه ويصير البائع قابضا
للامر ولا يعلم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لان
لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا
لانه تفويض فكانه قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطانك على الشراء وكذا لو قال اذنت
لك اذنت لك ان تشتري به لما بينا ٥ ولو وكله بشراء الطعام فهو على البر والدقيق
حتى لا يكون له ان يشتري له غيرهما من الطعام والقياس ان يتناول كل مطعوم كما لو
حلف لا ياكل طعاما وجه الاستحسان ان الطعام اذا كان مقرونا بالبيع او الشراء يراد به البر
عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل فيبقى على حقيقته فيحنث باي طعام كان حتى
لو حلف لا يشتري او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل على البر في كثير الدراهم وعلى
الخبز في قليلها وعلى الدقيق في وسطها والفارق في ذلك العرف وفي متخذ الوليمة على الخبز بكل
حال لان حاله يدل على انه ما يشتريه للادخار وهو الموجب لجانب البر لان الخبز لا يقبل الادخار
وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر
الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله بغير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه قال
الصدر الشهيد وعليه الفتوى وكذا لو دفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه
وكله ان يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة المقدر في المكيلات والموزونات
كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر ما سمى له ٥ وصح التوكيل بشراء
عين بدين له على الوكيل اي لو كان له دين على شخص فوكل المديون بان يشتري له هذا
العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل وفي غير العين اي لو وكله بشراء عبد غير
معين فاشترى لا يكون للموكل لا ينفذ على الموكل حتى ان هلك في يد الوكيل فعليه اي

هلاكه على الوكيل وان قبضه الموكل فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للموكل
ايضا وهلاكه عليه اي على الموكل اذا قبضه الوكيل وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما
عليه اي اذا قال الدائن للمديون اسلم الذي لي عليك في كذا جاز وان لم يعين فلانا
لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان او يصرفه اي لو امره بان يصرف ما عليه من الدين
واصله ان التوكيل بالشراء اذا اضيف الى دين لا يصح عند ابي حنيفة اذا لم يكن البائع او
المبيع متعينا وعندهما يصح كيفما كان لهما ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا
كان او دينا ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشتري ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشراء
ووجب عليه مثله فاذا لم يتعينا صار الاطلاق والتقييد به سواء كان على الدين حكما وكان
بان يشتري له عبدا ولم يعين البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا كما
لو امر ان يتصدق بمالي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو اجر حماما باجرة معلومة
وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او اجر دابة وامر المستاجر ان يشتري بالاجرة علفا
يسوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع او المبيع متعينا وله
ان النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها او الدين منها ثم هلك العين
واسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه
الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يصح وكان
باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض
قبله كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا
عنه بالقبض وهو معلوم فيصح التمليك فيصير البائع وكيلا قابضا له ثم يتملكه وبخلاف
المبيع تعين البائع فكان به معلوما وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال
لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير يتنصب نائبا عن الله تعالى في قبض حقه والله تعالى
محيط بكل شيء فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما فيصح واما مسالة الحمام ونحوها
فقيل هو نحوها ولئن كان مثل الكل فانما جاز باعتبار الضرورة لان المستاجر لا يجد
الاجرة في كل وقت فاقيم الحمام مقام الموجر في القبض واما مسالة التصادق بان لا دين
عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع دينا كانت او عينا فاذا لم يتعين
لا يبطل البيع ببطلان الدين لانه لم يتعلق به بخلاف الوكالة فان النقود يتعين فيها
وكلامنا فيها وذكر في الرواية ان النقود لا يتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع
وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فعلى هذا لا يلزم عليهما
ما قاله ابو حنيفة والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين
لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امرا له بالقبض ثم بالتمليك لا لكونه
توكيلا بالدين بالتمليك فان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا بالدين بالتمليك
في الاسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء

على المامور حتى اذا هلك بعد القبض يهلك من ماله الا اذا قبضه الامر فحينئذ
ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون للامر ٥ ولو كان عبد اشترى نفسه
له من سيده اي اذا قال رجل العبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني
نفسي لفلان فباع فهو له اي للامر وان لم يقل لفلان عتق واصله ان العبد
يصلح ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشراء باعتبار المالية
والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية الا ان البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي
البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى
الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه
او لغيره اذا ثبت هذا فنقول اذا اضاف العقد الى الموكل كان ملكا للموكل وان اضاف
الشراء الى نفسه بان قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا وان اطلق بان قال بعني نفسي
ولم يقل لي ولا لفلان عتق ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك
فيبقى التصرف واقعا لنفسه ٥ وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فقال
الوكيل للسيد اشتريته لنفسه فباع عتق على السيد وولاؤه له وان لم يقل
لنفسه فهو للوكيل فعليه ثمنه وما اعطاه العبد لاجل الثمن للمولى اي لو وكل
العبد رجلا بشراء نفسه من سيده بالف والامر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل
فقال الوكيل للسيد وقت الشراء انا اشتري عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق
وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد كان
العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والالف الذي اخذه من العبد ودفعه الى المولى
كان للمولى فيهما مجانا ووجب على المشتري او المحتوي الالف واصله ان بيع العبد
من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا
يجوز حقيقة غير ممكن لان العبد ليس باهل الملك اذ يستحيل ان يملك نفسه
فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد
صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل العبد سفير ومعبر عنه فلا يرجع
الحقوق اليه وان اطلق الوكيل ولم يبين للمولى انه يشتريه لنفس العبد يقع
العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم
المولى ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولاية وعقل جنايته فلا يكون الشراء
للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يحتاج في ملك الموكل بالشراء من غير ان
يبين للمولى انه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له
او لموكله اذ الكل تبع والوكيل اصيل فيه في الحالتين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين
فلا حاجة فيه الى البيان وهنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا يتعلق به الحقوق
بالوكيل والاخر بيع واحكامه بخلاف العتق فلابد من رضاه باحدهما على الرضى بالاخر

فلا بد من البيان فاذا لم يبين ثبت الملك للموكل والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري
الف للعبد اذا عتق الف مثلها ثمنا او بدلا للعتق لان الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما اداه
بجهة اخرى وهو انه كسب عبده وكان ملكا له قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن
ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق
اليه وان بين انه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة
ان العتق يقع والمال على العبد دون الموكل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من
كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق والمال على الوكيل لان توكيله
بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب بدله الوكيل والصحيح الاول
لان وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر
اعتبار معنى البيع حقيقة وهذا لا يستغني عن اضافة الى العبد الآمر له فلا يتعلق
بالوكيل حقوقه فيطالب الآمر كما اذا كان الآمر يبيع نفس العبد من العبد هو المولى
حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا ○ وان قال الوكيل لمن وكله
بشراء عبد اشتريته لك عبدا فمات وقال الموكل اشتريته لنفسك فالقول للموكل
ان لم يكن دفع الثمن وان دفع فالقول للوكيل معناه امره بان يشتري له عبدا بالف مثلا
فقال الوكيل قد فعلت ومات العبد عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول
للموكل ان لم يكن دفع اليه الثمن وان كان قد دفع فالقول للوكيل وهذه المسألة على
ثمانية اوجه اما ان يكون مامورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على
وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون
العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا فان كان مامورا بشراء عبد بعينه فان
اخبر بشرائه والعبد حي قائم فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير منقود
لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به في الحقوق الشرعية يستغني عن الاشهاد فصدق
وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكر الموكل فان كان
الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه لان الميت ليس بمحل لانشاء
العقد وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول
للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه
الذي امره به فكان القول قوله وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور
اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور
لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند ابي حنيفة وعندهما
القول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما في الحي وعند ابي حنيفة
القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة
الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله في الخروج

عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا وان
لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان معينا لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه بذلك
الثمن حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله ان الثمن اذا كان منقودا فالقول
للمامور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء
بان كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمامور عندهما وكذا عند
ابي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر ○ وللوكيل اخذ
طلب الثمن من الموكل اذا فعل ما امره وان لم يدفعه اي الثمن الى البائع فهذه
هذه المسألة مبتنية على انه يجري بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فيصير الوكيل
بايعا من موكله فله مطالبة الثمن وان لم يدفع الى بايعه وحبس المشترى لاجله
اي اذا اشترى الوكيل ودفع الثمن من ماله للبائع له ان يحبس المشترى بالثمن
الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما فصار
الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه وهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه
ولو اختلفا في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه و
لان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه برفع الثمن عنه من ماله
فصار كالوارد صريحا فيرجع به عليه وحبس عنه المشترى حتى يدفع اليه لتنزله منزلة
البائع وقوله يحبس المشترى بثمنه الذي دفعه من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن
ايضا له ان يحبسه لانه لما نزل منزلة المشتري منه اخذ حكمه والمشتري لا يتمكن من
اخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بايعا له حقيقة ثم ان حبس المشترى عن الموكل ليس
لاجل نقد الثمن بل لاجل انه بايع له حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن او
لم ينقد فان هلك المشترى في يد الوكيل قبل حبسه هلك على الآمر وهلك من مال
الموكل ولا يسقط الثمن لان يد الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل
حكما فلما لم يحبسه منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الموكل فكان له
ان يرجع عليه بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس او
يتبين به انه قبضه لنفسه وان هلك بعد حبسه سقط ثمنه وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته و
من الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا
هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبسه
ولهما ان بينهما مبادلة حكمية على ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة
الحقيقية وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع
وكذا لو رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق
البائع والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف الشائع والحبس كالرهن لا يثبت فيه

٥ وليس للوكيل ان يشتري شيئا معينا يشتريه لنفسه معناه لا يصح ان يشتريه لنفسه بل
لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه او تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك
عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشترى
له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه من غير علمه لان فيه
تغريرا له بخلاف ما اذا وكل العبد ان يشتري له من مولاه او وكل العبد رجلا
ان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى لانه يشتري
للآمر مع انه وكيل بشراء شيء بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما بيناه
من قبل وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امرأة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان
النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف
الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل
فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء اتى به لا يكون مخالفا لانه
لا معتبر في المطلقات الا الذات دون صفاتها فيتناول الذات على اي صفة كانت فكان
موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن او قدره كان مثلا قال
شراه بخلاف جنس ما سمي من الثمن او بغير النقود وقع له اي للوكيل لانه خالف امره
فينفذ عليه فيعزل في ضمن المخالفة وكذا ان امر هذا الوكيل غيره فشرى ذلك
الغير بطريق الوكالة بغيبته اي بغيبة الوكيل الاول يكون الملك للوكيل الاول لما
قلنا وان شراه بحضرته فهو للموكل الاول لانه حضره رأيه وهو المقصود فلم يكن
مخالفا ولانه اذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا
كان غائبا وفي غير المعين هو للوكيل الا ان اضاف العقد الى مال الموكل او اطلق
ونوى له اي ان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا
قال نويت الشراء للموكل او يشتريه بماله او يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه
اما ان يضيف العقد الى ثمن معين او الى مطلق من الثمن فان اضافه الى معين كان
المشترى لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر انه يضيف الشراء الى مال من يشتري له وهذا
لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعيين
قدره ووصفه ولهذا لا يطيب للرجل اذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه
من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعادة
فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه ان يضيف العقد الى ماله وهو
ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشترى لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك حملا
على مقتضى العرف والشرع ثم اذا نقده من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان
وان اضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يكون حالا او مؤجلا فان كان حالا فلا يخلو اما
ان يتصادقا على وجود النية لاحدهما او على عدمها او يختلفا فيها فان كان حالا واتفقا

على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا
وان اتفقا على انه لم تحضره النية يضاف الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان
يشتري لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل
غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالته
على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه لان الظاهر ان يفعل ما يجوز له شرعا او
يجري على عوائده وان اتفقا على انه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد لان ما يطلقه
الانسان من التصرف فانه يكون لنفسه فصار كالمأمور بالحج اذا اطلق ولم ينو عن المحجوج
عنه وعند ابي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد فبقي موقوفا فمن اي المالين
نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المأمور بالحج فان الحج عبادة
وهي لا تتأدى الا بالنية وكان مأمورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل كان
مخالفا واما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا فبقي الحكم
موقوفا على النقد ٥ وتعتبر في السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل لان المستحق
فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا يتعلق به
الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم يتوجه عليه
المطالبة فيجعل في حكم صحة التقابض هو كوكيل تتعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل
تم العقد لوجود شرطه وان فارقه قبل القبض بطل العقد لعدم شرطه وان فارقه
الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة
في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل
فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وفي قوله تعتبر في السلم والصرف
مفارقة الوكيل اشارة الى ان التوكيل فيهما جائز لانه عقد يملكه الموكل فجاز ان
يوكل به كسائر انواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف يجري على اطلاقه فانه يجوز
التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم فانما يجوز بدفع راس المال فقط واما باخذه
فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع وراس المال ثمنه
ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل
كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر
على وجه التمليك منه كان قرضا ٥ ولو قال لرجل بعني هذا العبد لزيد فاشتراه
له فباع ثم انكر المشتري كون زيد امره فلزيد اخذه الا ان يصدق انكاره لان قوله بعني لزيد
اقرار منه بانه وكله فاذا انكر الوكالة بعده صار متناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد
للموكل فان صدقه زيد المشترى له في انكاره وقال لم آمره بالشراء لا ياخذه جبرا بل يكون
العبد للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري
لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فان سلمه المشتري اليه

اى اذا سلم المشترى العبد الى زيد صح فيكون العبد لزيد بالتسليم لان اقراره
الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشترى فاذا سلمه بعد ذلك الى زيد واخذه
انعقد بينهما بيعا جديدا بالمعاطاة فيكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطى
لمن اشترى لغيره شيئا بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشترى الى المشترى له ودلت
المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفى لانعقاد البيع بالتعاطى فى الخسيس و
النفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضى به وهو المعتبر فى باب
المعاوضات المالية لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض ۵ ومن وكل بشراء
رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما يباع رطل بدرهم لزم موكله رطل بنصف
درهم عند ابى حنيفة وعندهما يلزمه الرطلان بالدرهم وذكر فى بعض نسخ مختصر
القدورى قول محمد مع قول ابى حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف فى الاصل وجه قول ابى يوسف
انه هذا خلاف الى خير لان المامور به صرف الدرهم برطل لحم وقد صرفه فيه
مع زيادة خير فينفذ عليه كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين كما اذا
لو اشترى ما يساوى رطلان منه درهما بدرهم منه حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لانه خالف الى شر لان الامر تناول لحما يساوى رطل منه درهما بدرهم وجه الاول
انه امره بشراء رطل لحم ولم يامره بالاكثر منه فينفذ الزائد عليه والرطل على الامر
بخلاف ما استشهد به لان الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله ان يشترى له ثوبا
هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوى كل واحد منهما عشرة دراهم
حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا
المشترى مجهول بخلاف مسئلة اللحم فانه موزون ومقدر فينقسم الثمن على اجزائه على
السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حصتها وكان نفاذ هذا لا يستقيم على
قول ابى حنيفة لانه لا يكون من الصفقات عنده هنا كما اذا امره بتطليق امرأته واحدة فطلقها
ثلاثا حيث لا يقع شئ عنده وكذا لو اختلف الشهود عنده هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم
للاختلاف لان الاتفاق فيها شرط لانا نقول ذلك فيما اذا لم يجد نفاذا على الوكيل واما اذا
وجد فينفذ وفى ضمنه ينفذ على الامر وهذا لان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل
اذا وجد نفاذا والرطل داخل فى الرطلين فينفذ الرطلان ثم نفذ الرطل بخلاف ما ذكر من مسئلة
الطلاق والشهادة فانهما لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة
والموافقة شرط فيه ۵ ولو وكله بشراء عبدين بعينهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز
لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز ان يشترى كل واحد بقدر قيمته من
الثمن او اقل او بزيادة يتغابن الناس فى مثله وليس له ان يشترى بما لا يتغابن الناس
فيه لان الوكيل بالشراء ليس له ان يشترى بغبن فاحش بالاجماع وكذا ان وكله بشرائهما
بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما بنصفه اى بنصف الالف او اقل جاز الشراء وان

شراه باكثر من نصف الالف لا يجوز قلت الزيادة او كثرت لانه قابل الالف بالعبدين
وقيمتهما سواء فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة
ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالاكثر منها مخالفة الى شر
فلا يلزم الموكل الا ان يشترى الثانى بما بقى من الالف قبل ان يختصما استحسانا لان غرضه
المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح
يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند ابى حنيفة وقالا يجوز ايضا ان كان
قد اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن فيه وقد بقى من الالف ما اشترى
بمثله العبد الاخر لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما
بخمسمائة والمطلق محمول على المتعارف وهو الشراء بالقيمة او بزيادة يسيرة قدر
ما يتغابن الناس فيه ولكن غرضه حصول العبدين بالالف فلا بد من ان يبقى من الالف
قدر ما يشترى بمثله الباقى لتحصيل غرضه فان اشترى الاخر بما بقى قبل الخصومة
جاز اتفاقا لما ذكرنا ۵ فان قال الوكيل بشراء عبد غير معين بالف اشتريته بالالف
وقال الموكل بل اشتريته بنصفه فان كان الموكل قد دفع اليه الالف صدق الوكيل
ان ساوى المشترى الفا لان الموكل امره بشراء عبد بالف والوكيل ادعى انه ملك الشراء
بالغبن الفاحش ولا يمنع عن الموكل لا يمنع عن الوكيل وان لم يكن الموكل دفعه
اى دفع الالف الى الوكيل وقال الوكيل اشتريته بالف وقال الموكل بل اشتريته
بنصفها فان ساوى العبد نصفها اى نصف الالف صدق الموكل وكذا ان كانت قيمة
العبد اكثر من خمسمائة واقل من الف لظهور المخالفة لان الامر وقع بشراء عبد يساوى
الفا بالف وان ساواها اى ان كانت قيمة العبد الفا تحالفا لان الوكيل مع الموكل
بمنزلة البائع والمشترى فان حلفا يفسخ البيع بينهما ويلزم العبد الوكيل واعلم
ان المراد بقوله صدق فى جميع ما ذكر التصديق بغير الحلف وكذا فى معين لم يسم
له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه اى ان وكل رجلا ان يشترى له هذا العبد ولم يسم له
ثمنا فاشتراه فقال اشتريته بالف وقال الموكل بل بنصفه تحالفا ولا عبرة لتصديق
البائع الوكيل فى الظاهر واعلم ان هذا اذا لم يوجد تصديق البائع الوكيل فقد قيل
انهما لا يتحالفان بل القول للموكل مع اليمين دون التحالف ويرتفع بتصديق البائع فلا يجرى
التحالف لكن الاظهر انهما يتحالفان وهذا قول الامام ابى منصور لان البائع بعد استيفاء الثمن
اجنبى عنهما وايضا هو اجنبى عن الموكل فلا يصدق عليه **فصل** لا يصح عقد الوكيل
بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له وذلك قرابة الولاد واحد الزوجين للاخر
وعبيده وهذا عند ابى حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا فى
العبد والمكاتب لان التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة
والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لانه ملكه له

وله في مال مكاتبه ومنقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه فتمكنت شبهة
وعلى هذا الغبن الفاحش ولابي حنيفة ان مواضع التهم مستثناة عن الوكالات
وهذه مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز
ولهذا لا تقبل شهادتهم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه اخر بخلاف المضاربة
لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى ان رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعدما
صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه علم
من يبيع مال نفسه على انه عند بعضهم هو كالوكيل فيجوز فيها البيع بمثل القيمة فعلى هذا
لنا ان نمنع ما قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق له بان قال الموكل بع ممن شئت
فحينئذ يجوز بيعه له بمثل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته
له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز
بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة
فعن ابي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع
المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا التفصيل الا انه اذا كان بمثل القيمة
يجوز هنا عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احديهما وعلى هذا
الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها ○ والوكيل بالبيع يجوز بيعه بما قل وكثر و
بالعرض وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الا بمثل القيمة وبالنقود اي لا يجوز بيعه ب
نقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى اجل متعارف لان
مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد الوكيل بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة او مؤجلة باجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي
الفا بخمسة الى مائة سنة غير متعارف فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الاضحية
والفحم والجمد بايام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه
ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فصار كالوكيل بالشراء
والبيع بالعرض شراء من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا ينتظمه الامر بالبيع ولابي حنيفة
ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع
هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد او بقيمة والبيع بالغبن الفاحش او
بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به ديني او للنفقة ونحو ذلك
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر من العين فلم يخرج من ان يكون بيعا في العرف ولانه
في الحقيقة ولهذا لو حلف ان لا يبيع يحنث به ويستحق الكل بالشفعة واليمين تنصرف
الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة واما عدم ملك الاب والوصي لان
ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق
بالمالية في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء متهم

لاحتمال انه اشتراه لنفسه فلما راى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك
في البيع فلا يتهم ويجوز بيعه بالنسيئة اي الثمن المؤجل عند ابي حنيفة و
عندهما يتقيد باجل متعارف وبيع نصف ما وكل ببيعه عند ابي حنيفة لا
وعندهما لا يجوز الا ببيع الباقي قبل ان يختصما لان فيه ضرر الشركة واخذ
بالثمن كفيلا او رهنا فلا يضمن الوكيل بالبيع ان توى ما على الكفيل او ضاع الرهن
في يده لانه اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب
الاستيفاء فيملكهما ولان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان
امانة في يده بعد القبض فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك اخذ
الرهن ولا الكفيل لانه يقبض نيابة عن الامر ولهذا لا يملك الابراء ويملكه الامر فعله
ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا انه اصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة
هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى
يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشيء لان المذكور هنا
توى مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم ياخذ كفيلا لم يتو دينه كما في الرهن والتوى
الذي ذكره هنا غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا ايضا لتوى
بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال
عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة
والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة
الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا
مثل ان يكون القاضي مالكيا فحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا ○ ولو وهب الوكيل
بالبيع الثمن من المشتري او ابراه منه او حط منه جاز ويضمن عندهما وعند ابي يوسف
لا يجوز وكذا الخلاف لو اجله او قبل به حوالة ولو اقاله صح وسقط الثمن عن المشتري ولزم
الوكيل وعند ابي يوسف لا يسقط عن المشتري ○ والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة
وبزيادة يتغابن بها ولا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة
قد ذكرناه في الوكيل بالبيع وفرق اخر ان امره بالبيع يلاقي بيع ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره
وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر
فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة فيتقيد بهما ولان اعتبار الاطلاق
في الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل
وبزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار اطلاق
الامر فيه فافترقا وكذا ليس له ان يشتري بمكيل او موزون غير النقدين دينا في الذمة
لان التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر له ذلك فيجوز شراؤه
به وينفذ على الموكل لانه شراء من كل وجه لان الموصوف منه ثمن بخلاف ما اذا كان معينا

وهي أي الزيادة المتغابن بها ما يتقوم به مقوم أي يدخل تحت تقويم المقومين وهو
المسمى الغبن اليسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين يسمى الغبن الفاحش لأن
القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لأنه يسير لا يمكن
الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولإمكان الاحتراز عنه لأنه لا يقع
في مثله عادة إلا عمدا وقدر هذا الفاصل في العروض ده نيم يعني نصف عشر
القيمة وفي الحيوان ده يازده يعني عشر القيمة وفي العقار ده دوازده يعني
خمس القيمة وفي الدراهم ده ربع عشر القيمة لأن الغبن يحصل لقلة الممارسة
في التصرف فكلما كانت الممارسة فيه أكثر كان الغبن فيه أقل فيجعل على التفاوت
بحسب الممارسة هذا كله فيما لم يكن له قيمة معلومة في تلك البلدة كالعبيد والدواب
ونحوهما لأنها مما لا يتغابن بها أما إن كان قيمته معلومة فيها كالخبز واللحم والجبن ونحوها
لا يعفى فيه الغبن وإن قل ولو كان فلسا واحدا ٥ ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه
جاز عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا
ومتفرقا فصار كالوكالة ببيع المكيل والموزون ولأنه لو باع كله بهذا القدر من
الثمن جاز عنده فنصفه أولى أن يجوز وقالا لا يجوز لأن فيه ضرر الشركة وهو غير
معتاد إذ هو عيب ينتقص به القيمة فلا يدخل تحت الأمر المطلق فلا يجوز إلا أن باع
الباقي قبل الخصومة لأن بيع النصف قد يكون وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من
يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف المكيل والموزون
لأنه لا ضرر في تبعيضه ولا ينتقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة أهون من ضرر بيع
الكل بنصف الثمن وهو أي قولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة ٥ وإن
وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل إلا أن يشتري باقيه قبل
الخصومة اتفاقا لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان
العبد بين جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج إلى شرائه
شقصا شقصا حتى يشتري الكل وإذا اشترى الكل قبل رد الآمر شراءه تبين أنه
وسيلة فينفذ على الآمر وإن لم يشتر حتى رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف
الوكيل ببيع العبد عند أبي حنيفة على ما بينا والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق
فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح
فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الإطلاق
والتقييد فيتوقف على شراء الباقي ٥ ولو رد المبيع على الوكيل بالعيب بقضاء
رده على آمره مطلقا فيما لا يحدث مثله وكذا فيما يحدث مثله إن ببينة أو نكول
وإن بإقراره فلزم الوكيل وذلك لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في

النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وإقراره ليس بحجة على الموكل و
إنما يرده عليه إذا رد عليه بإقراره بعيب يحدث مثله لأن القاضي يعلم أن
العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى الإقرار ولا إلى البينة فحاصله
أن العيب لا يخلو إما أن لا يكون حادثا كالسن الزائدة والإصبع الزائدة أو يكون
حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو يحدث في مثلها فإن كان غير حادث
رده القاضي بغير حجة من بينة أو نكول أو إقرار وكذا إذا كان حادثا لكنه لا يحدث
في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا إقرار بعلمه بكونه عند
البائع وإن كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم إن كان ببينة أو نكول لأن
البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع
كلها رد القاضي على الوكيل يكون ردا على الموكل فإن رده عليه في هذا النوع
بإقرار بقضاء القاضي لا يكون ردا على الموكل لأن الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى بخلاف
ما إذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله
وإن رده عليه بإقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يرده على الموكل لأنه
إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما إذا رده عليه بإقرار
بقضاء قاض لأن الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم التراضي وهو شرط في
المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند إلى دليل قاصر وهو الإقرار
فعملنا بهما فمن حيث إن الرد فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث إنه استند إلى دليل
قاصر لا يلزم الموكل إلا أن يقيم حجة على الموكل وإن كان العيب غير حادث أو كان حادثا إلا
أنه لا يحدث في تلك المدة فرده على الوكيل بإقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن
يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع أنه يكون ردا على الموكل لأنه فعل
عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه إذ لا يكلف القاضي على إقامة البينة ولا على
الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا في الرد قلنا الرد بالتراضي
بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم أن الحق متعين في الرد بل ثبت حقه أولا
في وصف السلامة ثم إذا عجز ينتقل إلى الرد ثم إذا امتنع الرد بحدوث العيب أو بزيادة حكمية
فيه ينتقل إلى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا ٥ ولو باع الوكيل بالبيع نسيئة
وقال الموكل أمرتك أن تبيعه بالنقد وقال الوكيل بل أطلقت أي أمرتني ببيعه مطلقا
ولم تقل شيئا صدق الموكل لأن مبنى الوكالة على التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد
الجنس والثمن ألا يرى أنه لو قال وكلتك أن تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي لا يملك
إلا الحفظ فإذا كانت مبناها على التقييد وهو مستفاد من جهة الآمر كان القول له كما إذا أنكر
الأمر أصلا وفي المضاربة لو باع المضارب نسيئة فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بنقد
وقال المضارب بل أطلقت صدق المضارب لأن الأصل في المضاربة الإطلاق والعموم

الا يرى انه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع وتوكيل واستيجار وايداع بذكر لفظة المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيما كان مدعيا لما هو الاصل فيها وكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق بتصادقهما فاشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا ونسيئة الى اجل متعارف عندهما والى اي اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد باجل متعارف بين التجار • ولا يجوز تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ولو كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البايع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي ويمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد واما ما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق والعتاق بغير عوض ولا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما بالكلام على حدة حيث لم لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما بالكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة حكمها يثبت عقيب التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف ذكرا وكلاهما الكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما صبيا او عبدا او صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع احدهما بحضرة صاحبه فان اجازه صاحبه جاز والا فلا وكذا لو كان غائبا فاجاز لم يجز في قول ابي حنيفة وان مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للاخر ان يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده الا في خصومة ورد وديعة وقضاء دين وطلاق وعتاق بغير عوض فيهما لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراي والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الراي لكن اجتماعهما في الكلام في مجلس القاضي متعذر لانه يؤدي الى التلبيس على القاضي والى الشغب والراي يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه في الخصومة عند عامتهم لانه لم يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الراي الا اذا قال طلقاها ان شئتما او جعل امرها بايديهما فحينئذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا او يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق بشيئين لا يترك عند وجود احدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق احدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها احدهما طلقة والاخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه الى الراي فرد احدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون لاحدهما ان يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من

حفظ واحد فان قبضه احدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ هو ما رضي الا بحفظهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مامورا في حالة الانفراد بقبض شيء منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استردادها الوديعة ٥ وليس للوكيل ان يوكل الا باذن موكله او بقوله اعمل برايك لانه رضي برايه ولم يرض براي غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه اصيل فيه ولهذا لا يملك الموكل نهيه عنه وعلى هذا فيما هو فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فان اذن له فوكل كان الثاني وكيل الموكل الاول حتى لا ينعزل بعزله ولا بموته وينعزلان بموت الموكل الاول وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه هو ومن ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه وان وكل الوكيل بلا اذن فعقد الوكيل الثاني بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز وكذا ان عقد الوكيل الثاني بغيبته اي بغيبة الوكيل الاول فاجازه الوكيل الاول او كان قد قدر الوكيل الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن وذلك لان مقصود الموكل حضور راي وكيله وقد حصل بنفس العقد باذن وكيله او بتقديره الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما ان يتصرف بدون صاحبه لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في نقصانه في الشراء وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعامله بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المامور واحدا لان غرضه استعمال رأيه في معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لان المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا في العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق تتعلق بالاول وذكر المحبوبي ايضا لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني وذكر في الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني وهو الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من الثاني دون غيره وينبغي ان يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غائب فاجازه او عقده اجنبي فاجازه الاول ولا معنى لاشتراط حضرته في الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه ٥ ولا يجوز لعبد او مكاتب التصرف في مال طفله الحر بيع او شراء ولا تزويجه لانه لا ولاية لهما الا يرى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم وكذا الكافر في مال طفله المسلم اي لا يجوز له التصرف في ماله

طلباً للمسلم ولا ترجيح لابن الكافر ولأنه لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

للوكيل بالخصومة القبض عند علمائنا الثلاثة عيناً كان أو ديناً لأن الوكيل بالشيء وكيل بإتمامه وإتمامها يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لأنه يتوهم إنكاره بعد ذلك والمطل وربما يحتاج إلى المرافعة ثانياً فيكون له القبض قطعاً للمادة خلافاً لزفر لأن الخصومة غير القبض حقيقة وهي لإظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو ألد الناس خصومة وأكثرهم كذباً وخيانة وأقلهم ديناً وحياء ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة وأكثرهم ورعاً فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بالخصومة لا يدل على الرضى بقبضه لا يدل على علمه فلا يكون له القبض والفتوى اليوم على قوله لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ومثله الوكيل بالتقاضي وهو بمعنى الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذته والعرف أملك فكان أولى لأن الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازاً فيكون التوكيل بالتقاضي توكيلاً بإتمامها إذ المطالبة لا تنتهي إلا بالقبض فللوكيل بالتقاضي القبض عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر فيه أيضاً لأن المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر فيه أيضاً ولا فرق فيه بين العين والدين أيضاً لأن المعنى لا يختلف فيهما ۞ وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض حتى لو قامت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه يقبل وكذا إذا جحد الغريم وأقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة خلافاً لهما هما يقولان لا يكون له الخصومة وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة فلم يكن الرضى به رضى بها إذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي إليها ۞ وللوكيل بأخذ الشفعة الخصومة قبل الأخذ اتفاقاً فإذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فإنها تقبل وتبطل الشفعة وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة إذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فإنها تقبل ولا رجوع ويبطل أي الوكيل بالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلاً بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل أي الوكيل بالرد بالعيب على البائع فإنه إذا أقام عليه بينة بأن الموكل رضي بالعيب تقبل وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرة الشراء يكون خصماً ۞ وليس للوكيل بقبض العين الخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض حيث لا مبادلة هنا لأنه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول فلو وكل بقبض عبد له فبرهن ذو اليد على وكيل بقبض عبد أن موكله باعه منه دفع العبد إلى الوكيل ولم يلتفت إلى بينة ذي اليد في القياس لأنها أقامت لا على الخصم وفي الاستحسان تقصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب لأنه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده ولا يثبت البيع فيكلف إعادة البينة إذا حضر الموكل

كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة إلى زوجها أو العبد إلى مولاه ۞ فإن أقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها أو العبد على أن مولاه أعتقه فإنها لا تقبل قياساً لقيامها لا على الخصم وفي الاستحسان لا يثبت الطلاق والعتق لو برهنا أي الزوجة والعبد عليهما أي على وكيلهما بلا حضور الموكل لأن من ضرورة ذلك قصر يد الوكيل لأن الوكيل ليس بخصم في أحدهما وهو إثبات الطلاق والعتق على موكله لكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالطلاق والعتق على الغائب فقبلناها في قصر اليد دون غيره ۞ وإقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي صحيح لا عند غير القاضي وهذا عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف فإنه يصح إقراره في الوجهين جميعاً عنده لكن لو برهن عليه أنه أقر في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة ولا يدفع إليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لأنه زعم أنه مبطل في دعواه كالأب أو الوصي إذا ادعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه وأقر الأب أو الوصي في مجلس القضاء ثم جاء يدعي المال لا يصح إقراره ولا يدفع إليه المال لأنه خرج الأب عن الولاية والوصي عن الوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه معناه إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه فإن كان ذلك عند القاضي نفذ وإلا فلا عند أبي حنيفة ومحمد إلا أنه إذا أقر عند غير القاضي خرج عن الوكالة فلا يدفع إليه المال وقال أبو يوسف جاز إقراره في الوجهين جميعاً وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولاً لا يجوز في الوجهين جميعاً والمعاني أما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف وأما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة والإقرار ليس بمنازعة لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء ويصح التوكيل إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل لما صح استثناؤه كما لو استثنى الإنكار وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل جهة وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه غير صحيح وقوله ولو استثنى الإقرار جواب عن مستشهد زفر ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح في قول أبي يوسف لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عيناً وحده لا يدل على ذلك ولئن سلمنا صحته كما قال محمد لكنه إنما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه إياه وبيان ذلك ما قلنا إنه لا يدل الإنكار بجواز أن يكون الخصم محقاً فإذا نص على استثناء الإنكار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه

مبطلا عادلا مر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على اولى حال المسلم
وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه من الطالب دون
المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فلا يكون مختارا دون شي على ما اختار والمطلوب
يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار بالطالب ولان الطالب تثبت حقه بالبينة او بنكول
الموكل ولان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء
الانكار منهما لما ذكرنا ولان الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح
بالحقيقة ثم ابو يوسف يقول الوكيل قائم مقام الموكل واقامه فاقراره لا يختص بمجلس
القاضي فكذا اقرار من قام مقامه وهذا لان الشي انما يختص بمجلس القضاء اذا لم يكن موجبا
الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول واما الاقرار فموجب بنفسه ولا يختص بمجلس
القضاء بخلاف الاب والوصي لان نصبهما مقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقد تحقق اضرارهم بهم وليس في اقراره خير لهم
وهما يقولان ان الامر بالخصومة امر بالجواب مجازا على ما بينا فيملك الاقرار من حيث انه جواب
لا من حيث انه اقرار والجواب يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل
في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكيلا في غيره فاذا اقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه اجنبيا فلا
ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل متضمن الاقرار على نفسه بانه
ليس له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالاب والوصي اذا اقر في مال
الصغير لغيره بانه يخرج عن الولاية بدفع ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا لو كان
ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار ولو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص
لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة
العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندرئ بالشبهات ٥ ولا يصح توكيل
رب المال الكفيل بقبضه اي على الكفيل عنه معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به
رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان
الوكيل يعمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته
فانعدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها وجب
ان لا يقبل قوله لكونه متهما فيه بابراء نفسه فصار كمن اعتق عبدا مديونا حتى لزمه
ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح
لما ذكرنا فكذا هذا وان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان
عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته
طلقي نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك في يده لم يهلك على الطالب
ولو ابراه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه
لا يصح باطلا ثم اذا بلغه فاجازه لم يجز لما ذكرنا ٥ ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين

امر بالدفع اليه اي من ادعى انه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر
بدفعه اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى
بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ماله حتى لو ادعى انه ادى الدين الى الطالب بنفسه
لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه
فلا يبطل حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وكان له ان يتبع رب المال ويستحلفه
ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري
في الايمان فان صدقه صاحب الدين اذا حضر فبها والا اي ان لم يصدقه امر الغريم بالدفع
اليه الدين ايضا لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ
ذمته به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم تثبت وكالته والقول قوله في ذلك
مع يمينه لانه منكر ولا تكون شهادتهما حجة عليه فيأخذ منه الدين ثانيا اذ لم يحصل
استيفاؤه ورجع الغريم به اي بما قبضه الوكيل على الوكيل ان لم يهلك في يده لانه
ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاضمان فيه حيث قبض دينه منه ثانيا وان
هلك المقبوض في يد الوكيل لا يرجع عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين
وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان
لرجل الف درهم مثلا وله الف اخرى دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف
العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال
حياته فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع
بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظالمه في الرجوع عليه وظالم
هو المصدق في الرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه بري
عن جميع الالف وان الابن الجاحد ظالمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد
دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه
بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الجاحد
واخذ منه خمسمائة لم يسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت الخمسمائة دينا على الميت
فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما اصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث
الا ان كان ضمنه عند دفعه اي الا ان يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم
على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد
ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف ان يضمن الوكيل المال الذي اخذه منه وصورة
هذا الضمان ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكن لا امن ان يجحد الوكالة و
ياخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه اخذه مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما ياخذ
مني ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب
وهو كقوله ما غصبك فلان فعلي وما ذاب لك عليه فعلي لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب

وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لأنه أمانة في يده لتصادقهما على أنه
وكيل والأمانات لا يجوز بها الكفالات أو دفع إليه على ادعائه غير مصدق في الوكالة
أي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة أيضا لأنه دفعه إليه على احتمال
أن يكون وكيلا ولم يرض بقبضه إلا بقضاء دينه تحصيلا لبراءة ذمته
فإذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين أن يكذبه صريحا
أو يسكت لأن عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما إذا كذبه أنه قبض
بغير حق وإن قبضه يوجب الضمان وكذا إن لم يصدقه ولم يكذبه لأن الأصل
عدم التصديق وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب
لأن المؤدى صار حقا للطالب أما إذا صدقه فظاهر لأنهما تصادقا أن
ظاهر الأمر على حق وأما إذا لم يصدقه فلاحتمال أنه وكيل وإن لم يوكله يحتمل
الإجازة منه فلا يكون له أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولأن من باشر
التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه ألا ترى أنه إذا دفعه
إلى الفضولي على رجاء الإجازة لم يملك استرداده لاحتمال أن يجيز وكذا لو أقام
الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق
الاسترداد ولو أراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لأن كل ذلك يبتني على دعوى
صحيحة ولم يوجد لكونه ساعيا في نقض ما أوجبه للغائب ولو أقام الغريم
البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منه المال تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع
على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب من المدفوع وهو قبضه المال بنفسه
منه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض يد
الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشيء ضمنا وإن لم يثبت مقصودا ولو ادعى الغريم على الطالب
حين رجع عليه أنه وكل القابض وأقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو أراد أن
يحلفه كان له ذلك فإن نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم أن يسترد من الوكيل ما دفع إليه
بعد ما أدى إلى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك
وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في
الوجوه كلها لأنه ملكه وإن كان هالكا ضمنه إلا في صورة واحدة وهو إذا صدقه
في الوكالة وإن أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن
الطالب وكله بقبض دينه فإذا حلف لم يدفع إليه وإن نكل قضي عليه بالمال للوكيل وعن
أبي حنيفة أنه لا يحلفه لأنه من التحليف بناء على أنه وكيل ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر
الرواية أنه لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف • ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الأمانة
لا يؤمر بالدفع إليه أي لو قال أني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لا يؤمر بالدفع
إليه لأنه أقر بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من إبطال حقه في العين بخلاف ما إذا ادعى

أنه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بمال نفسه
لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها على ما بيناه ولو هلكت الوديعة
عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل
المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان كذا هذا ولو سلم الوديعة
إليه فهلكت في يده وأنكر المودع الوكالة تضمن المودع لأنه متعد بالتسليم إليه وله أن يحلف
المودع بالله ما وكله فإذا نكل برئت ذمته وإذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل
لأن في زعمه أن المودع ظالم في تضمينه إياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له
أن يظلم غيره إلا إذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينئذ
يرجع عليه ولو دفع إليه من غير تصديق بوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت
العين باقية أخذها في الصور كلها لأنه ملكها بأداء الضمان ولو أراد أن يستردها
منه بعد ما دفعها إليه لا يملك ذلك لأنه ساع في نقض ما تم من جهته وكذا
لو صدقه في دعوى شراء الملك يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأن إقراره على الغير غير مقبول ولو صدقه في أن
المالك مات وتركها ميراثا له أمر بالدفع إليه يعني لو ادعى أن المودع مات وترك الوديعة
ميراثا له وصدقه دفع إليه لأن ملكه قد زال بموته واتفقا أنه مال الوارث فيدفعه
إليه ولو ادعى رجل أن صاحب المال الأمانة أو الدين مات وأنه وصيه على ما بيد رجل من
عين أو دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم إليه بعد التلوم لأنه لما ادعى
أنه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث فيدفع إليه بعد التلوم كما يدفع إلى الوارث بعد
التلوم لاحتمال أن يكون له وارث آخر ولو لم يقر من في يده المال بل أنكر موته أو
قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن
صاحب اليد خصما ولو ادعى أن صاحب المال مات وأوصى إليه وصدقه ذو اليد لا
يلتفت إلى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم إليه إذا كان المال عينا في يد المقر لأنه
أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كما لو
أقر أنه وكله في حال حياته بقبض العين وإن كان المال دينا على المقر على قول
محمد الأول يصدق ويؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار على نفسه إذ القضاء في خالص
ماله كما لو ادعى أنه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المدين يجبر على
التسليم بخلاف ما لو صدقه أنه وكيله بقبض الوديعة وعلى قول محمد الآخر
وهو قول أبي يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وإن كان إقرارا على نفسه
من الوجه الذي ذكرناه لكنه إقرار على الغائب من وجه ودعوى البراءة لنفسه بدفع
المال إليه فإنه لو دفع إليه وتحقق موت صاحب المال برئ بالدفع إليه لصحة أمر
القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت إليه ولأنه ولاية اتباع

الغريم فيؤدي الى ان يدام الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو اقر بوكالة
صاحب حقه لانه لو صدق رب الدين وانكر كان له ان يتبعه بدينه لان امر
القاضي بالدفع لم يصح في حقه ● ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين
استيفاء الدائن ولا بينة له امر بدفعه اليه لان الوكالة ثبتت بقول المديون
ان الدائن استوفى منه الدين اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفاء وفي ضمن
دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن معترفا عنده في طلب الدين
لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدائن فقال اوفيتك فانه يكون
اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة بزعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد
دعواه فيؤمر بالدفع اليه كالمقر بالوكالة صريحا على ما بيناه ولا يستحلفه
انه ما يعلم استيفاء موكله اي لو طلب المديون تحليف الوكيل انه لم يعلم
ان الموكل استوفى منه لم يحلفه لان اليمين لا تجري فيها النيابة على ما بينا
من قبل بل يتبع المديون رب الدين ويستحلفه انه ما استوفى لان قبضه
يوجب براءة ذمته والطالب لو اقر به لزمه فيستحلفه لانه [illegible] عند العجز
عن اقامة البينة ● ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضي
به لا يؤمر بدفع الثمن فيستحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك
ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك
في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة فصح القضا
ء بلزومه ولو استحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفي
مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه
امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضاء وقالوا عند ابي يوسف
ومحمد يجب ان لا يفترق بين المسئلتين لا يرجع فيهما الحال لان القضاء بالخطأ لا
ينفذ الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك فيهما للحال وقيل الاصح عند
ابي يوسف انه يؤخر في الفصلين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد بالعيب
على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع
البائع الرضى فلا بد من حضور المشتري وحلفه ● ومن دفع الى رجل عشرة
ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فهي بها اي فالعشرة بالعشرة
وهذا استحسان والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره حيث انفق العشرة على
الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا
يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل بالشراء
يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الامر هذا لانه لا يستصحب الدراهم
الامر في كل مكان وينفق لما امره به من غير قصد فيشتريه ويحتاج الى

النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض الامر ونفيا للحرج عن المامور

باب عزل الوكيل

للموكل عزل وكيله عن الوكالة متى شاء لانه خالص حقه
فملك ابطاله الا اذا تعلق به حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم
فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على انه
تمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء
المطلوب لما فيه من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة في بيع الرهن
● ويتوقف العزل على علمه وقال الشافعي ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل
لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط حق
نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا ان العزل
خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع
فانه لا يثبت حكم الشرع حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله اضرارا به لانه قد
يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف
الطلاق والعتاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم
ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى لو ارسله في البيع
وغيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقلها فيكون عزله رجوعا
عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري اوجب بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد
بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا كما في النكاح
وامثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا تعتبر الوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل
فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار اصيلا في حق العبارة وان لم يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول
ليس باصيل في شيء فافترقا وكذا عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا
يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا فتصرفه قبله صحيح
● وتبطل الوكالة بموت الموكل لان عقد الوكالة غير لازم فالتوكيل في كل ساعة
ثابت تقديرا وابتداء التوكيل من الميت ممتنع فكذا بقاؤه بخلاف موت الخليفة فان
القاضي لا ينعزل به لانه غير منصوب لمصلحة الخليفة كالوكيل بل منصوب لمصالح المسلمين
وجنونه مطبقا اي مستوعبا لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحده اي
حد المطبق شهر عند ابي يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم
وليلة لانه يسقط به الصلوات وحول عند محمد وهو المختار لانه يسقط به
جميع العبادات حتى الزكوة فلا استمراره حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه
واما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون في معنى الموت ● ولحاقه بدار
الحرب مرتدا ان حكم الحاكم بلحاقه واما قبل ذلك فموقوفة عند ابي حنيفة لان
تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او مات

بدار الحرب بطلت هذه فالحاصل ان عندهما ما لم يحكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب فتصرفات وكيله
نافذة فاذا حكم به الحاكم بطلت الوكالة عندهما ايضا هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة فان
كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما اذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا اذا
جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل امرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين
وكذا تبطل الوكالة بعجز موكله لو كان الموكل مكاتبا وحجره اى بحجر العبد لو كان الموكل عبدا
ماذونا له في التجارة اى ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم الوكيل بذلك او لم يعلم لان
بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التي لا تلزم يكون لدوامها حكم الابتداء
فيشترط في حالة البقاء قيامه كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوى
فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمي كما اذا تصرف الموكل في الشيء الذي وكل به هذا اذا
كان وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز
المكاتب ولا بحجر الماذون له لان العجز والحجر يوجب الحجر عليه من انشاء التصرف فيخرج وكيله
عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك
ولو عزل المولى وكيل العبد الماذون له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون
الا عاما فكان باطلا الا يرى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ
فعله الحكمي فيه و تبطل الوكالة ايضا بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه
عزل حكمي ولا يشترط فيه العلم وهذا الكلام يحتمل وجهين احدهما ان ينعزل كل واحد منهما
عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل
بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة والثاني ان احد الشريكين او كلاهما
لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما
اذا لم يكن مصرحا بالاذن في التوكيل و تبطل الوكالة ايضا بتصرف الموكل فيما وكل به اى بما يعجز
الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه
وان لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله حتى لو وكله بطلاق امرأته
فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها
بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا
الوكيل وانما تمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها
واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقاء المحل ولو وكله بتزويج
امرأة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان الحاجة قد انقضت
ولو وكله بالخلع ثم خالعها الزوج بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة لان الخلع بعد
الخلع لا يصح فيتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله ان يطلقها ثم
خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت في العدة لان طلاق
الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه ان ما

كان الموكل فيه قادرا على الايقاع كان وكيله ايضا قادرا على الايقاع فتبقى
الوكالة على حالها ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا
كخيار رؤية او خيار شرط او عيب او بفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه
القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب
بغير قضاء او بالاقالة لا تعود الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما فان
الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون
فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل
فرد عليه بذلك ولو وكله بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل ان يهبه
لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل
فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا ولو وكله باعتاق امته فاعتقها
الموكل ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه
ملك جديد بغير الاول بسبب جديد ولو وكله بان يزوجه امرأة معينة وهي ذات زوج فابانها
زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل ان يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة
لا بعدم المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او اجره فالوكيل
على وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه خرج عن الوكالة ولا تشترط في الموت وما بعده علم الوكيل

كتاب الدعوى

هي في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة الا انه
في عرفهم ادعى فلان شيئا اى اضافه الى نفسه حالة ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة
بالفتح في المادبة والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر الادعاء افتعال
والف دعوى للتأنيث فلا ينون وجمعها دعاوى بفتح الواو وكسرها كفتاوى وفتاوي والمدعي اسم الفاعل
منه والمفعول مدعا عليه والمال مدعا والمدعى به خطأ وفي الشرع اخبار بحق له على غيره وشرط
جواز الدعوى ان يكون في مجلس القاضي ولا يصح ان يكون في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعا عليه
جوابه وان يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غائب لا يجاب وان يكون المدعا شيئا معلوما لتمكن
اثباته بالبينة وتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدعا عليه اذا كان المدعا مجهولا
وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة
بالجواب بلا او نعم واقامة البينة واليمين اذا انكر والمدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعا عليه
من يجبر وقيل المدعي من اذا ترك ترك والمدعا عليه بخلافه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة
والمدعا عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر
والمدعا عليه من يتمسك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصما
بالكلام في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما او مدعيا ما لم يقل
هو لي والمدعا عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به منه فان ذا اليد لو قال هذا ليس لك

بان ضمانه يوم القبض وقوله هو قيمته في الكلام غير محتاج اليه وقيل كان من
شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يده لنفسه فهو
منكر مدعا عليه وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يد
نفسه لغيره فهو مقر • ولا يصح الدعوى الا بذكر شيء علم جنسه وقدره لان فائدة
الدعوى الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول فلا يصح ولا
يجب الجواب على الخصم فان بين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها وسبب وجوبها
صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب
ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشيء المدعا اذا لم يكن دينا
ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى
واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الحق الوعيد بمن امتنع
عن الحضور بعد ما طولب به فدل ذلك على ان الحضور مستحق عليه فان كان دينا ذكر وصفه
لان الدين يعرف به وانه يطالبه به لان جبر القاضي على المدعا عليه على ايفاء حق المدعي يحتاج
طلب المدعي ومع امتناع المدعا عليه وان كان عينا منقولا ذكر انها في يد المدعا عليه بغير حق لانه
يطالبه بها ولابد من احضارها ان امكن ليشار اليها عند الدعوى وعند الشهادة والحلف
لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة بعد الاحضار فما يمكن احضاره من المنقول
وان لم يكن كالرحى حضره الحاكم او بعث امينه وان تعذر احضار المنقول بان كانت هالكة
او غائبة يذكر قيمتها ليصير المدعا معلوما لان الاعيان تتفاوت والشرط ان
يكون الدعوى في معلوم وقد تعذر مشاهدته فيجب ذكر قيمته لانه خلف
عنه قال ابو الليث يشترط في الحيوان مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والانوثة وان لم
يبين القيمة فقال غصب مني عينا كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم
كانت قيمته قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما
لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي
سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته وفي العقار لا يحتاج الى ان
يعين ولا يثبت اليد فيه بتصادقهما بل ببينة او علم القاضي في الصحيح اي لا يثبت
اليد في العقار بتصادق المدعي والمدعا عليه ان العقار في يد المدعا عليه لان
اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى
اخذه بحكم الحاكم فلابد من اقامة البينة فيه او علم القاضي لينتفي تهمة المواضعة
ولابد فيه اي في دعوى العقار من ذكر البلد والمحلة والحدود الاربعة في الدعوى
والشهادة لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فصير الى ذلك للتعريف
ولابد فيه ايضا من ذكر اسماء اصحابها اي اصحاب الحدود ونسبهم الى الجد اي
لابد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود ان لم يكن مشهورا وفي الرجل المشهور

يكتفي بذكره لحصول المقصود به وان ذكر ثلثة من الحدود الاربعة وترك الرابع
صح عندنا لوجود الاكثر وان ذكره وغلط فيه اي في الحد الرابع لا يصح لانه
يختلف به المدعا ولا كذلك تركه ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهود
تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل واذا
صحت الدعوى سال القاضي الخصم عنها اي عن الدعوى ليكشف له وجه القضاء
ان ثبت حقه لان القضاء بالبينة خلاف القضاء بالاقرار وهذا لان الاقرار
حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا
اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء فيحتاج الحاكم فيصير حجة
عند الحاكم كسائر الحجج الشرعية فان اقر حكم عليه لوجود الحجة الملزمة للقضاء
وان انكر سال المدعي البينة فان احضرها قضى عليه والا اي وان لم يقم بينة يحلف
الخصم ان طلبه خصمه لان النبي عم قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه
فقال يحلف ولا يبالي فقال عم ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين حقا له
لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه
بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا
كما زعم وهي اعظم من اتواء المال والا حصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو
صادق على وجه التعظيم فان حلف انقطعت الخصومة لما روينا من قوله عم ليس لك
الا هذا حتى تقوم البينة فتقبل قال النبي عم اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة
العادلة ولان طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال انها غائبة او حاضرة في البلد
ولم يحضرها ولان اليمين بدل عن البينة فاذا وجد الاصل بطل حكم الخلف وان نكل
المدعا عليه مرة بقوله لا احلف او سكت بلا افة قضى على المدعا عليه بالنكول وقال
الشافعي لا يقضي بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل المدعا عليه فان حلف يقضي له
بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رض انه حلف المدعي بعد نكول المدعا
عليه ولان اليمين انما وجب في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو
كان الظاهر شاهدا للمدعي فيحلف ولنا ان النكول يحتمل ان يكون لاجل اشتباه الحال
او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة او لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رض فانه نكل
عن اليمين وقال اخاف ان يوافق قدر بلاء فيقال انه بسبب يمينه فلا يكون حجة مع الاحتمال
فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي رض انه وافق اجماعهم
فانه روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل
وقضى بالنكول بين يدي علي رض فقال علي قالون ومعناها بالرومية اصبت وروي عن عمر رض
ان امرأة ادعت عنده على زوجها انه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر رض الزوج بالله
ما اردت طلاقا فانكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رض وهو مذهب

انى موت الاشهر رحمه الله ولان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم
على اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذه الجهة على غيرها
من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر انه يأتى بالواجب ولا يترفع عن
الصادقة والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فان تكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا
باعتبار الدين ولو كان لاشتباه الحال لا يستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين ان يكون
لاجل البذل فلا وجه لرد اليمين على المدعى لما روينا من ان اليمين على المنكر وعرض
اليمين ثلثا على القضاء احوط اى عرض القاضى اليمين على المدعا عليه ثلث مرات وهو سنة
يقول له فى كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما
له بالحكم لانه موضع خفاء لاختلاف العلماء فيه فان الشافعى لا يراه فاذا كرر عليه
الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذ علم انه لا آفة به من طرش او خرس وعن ابى يوسف
ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضى بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ والعرض
ثلثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب فكذا هذا مبالغة فى الانذار
ولا بد ان يكون النكول فى مجلس القضاء لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين
عند غيره فى حق الخصومة فلا يعتبر النكول وهل يشترط القضاء فور النكول فيه خلاف
ثم اذا حلف المدعا عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان
يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له
بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح
جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعى
بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور عندنا فيه وليس بشى
لان عمر رضى الله عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين
الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة الصواب
انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث فى يمينه انه كان لفلان
على فلان الف فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعى البينة ان له عليه الفا وقيل
عند ابى يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفى النهاية لو اصطلحا على ان المدعى لو
حلف فالمدعا عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شىء على المدعا عليه ● ولا يرد
يمين على مدع لما روينا ولا يقضى بشاهد ويمين وقال الشافعى اذا اقام المدعى
شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد آخر وحلف على ما ادعى قضى له الحاكم لما ان النبى صلى الله عليه وسلم
قضى بشاهد ويمين وفى الوسيط كل واقعة يقضى فيها بشهادة رجل وامرأتين يقضى
فيها بشاهد ويمين وذلك فى الاموال وفى المحيط لو قضى القاضى بشاهد ويمين لا
ينفذ لانه خلاف التنزيل ولنا قوله عليه السلام البينة للمدعى واليمين على من انكر
وهو حديث مشهور وما دونه يخالفه فيكون مردودا وفى لفظ الشاهد اشارة

الى انه لو صالحه صح مرتين لم يجز اتفاقا ● ولا تحليف فى نكاح بان ادعى رجل على امرأة
او هى عليه نكاحا والآخر منكر ورجعة بان ادعت عليه او هو عليها بعد العدة
انه راجعها فى العدة وانكر الآخر وفىء ايلاء بان ادعى المولى عليها او هى عليه انه فاء
فى المدة وانكر الآخر واستيلاد بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا
الولد او ولدت ولدا فمات او سقطت سقطا مستبين الخلق وانكر المولى ولا يتأتى
هذا من الجانب الآخر اذ لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها
ورق بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر الآخر ونسب بان ادعى على مجهول
النسب انه ابنه او هو يدعى عليه والآخر منكر وولاء بان ادعى على معروف الرق
انه معتقه او مولاه او ادعى المعروف ذلك او كان ذلك فى ولاء الموالاة والآخر منكر وهذا كله عند
ابى حنيفة وعندهما يحلف فى كلها وبه اى بقولهما يفتى وقيل ينظر القاضى فى حال المدعا عليه
ان كان متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابى حنيفة رحمه الله
ولا يحلف اتفاقا فى حد سواء كان هو خالص حق الله كحد الزنا وحد شرب الخمر وحد
السرقة او دائرا بين الحقين كحد القذف حتى ان من يدعى على آخر انه قذفه وانكر
القاذف لا يستحلف لان الغالب فيه حق الله تعالى فالحق بالحدود الخالصة لله تعالى
قال فى النهاية لا يستحلف فى الحدود بلا خلاف الا ان تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا
وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى
ان نكل ثبت العتق لا الزنا ولعان بان تدعى المرأة القذف بالزنا ووجوب اللعان و
هو ينكره لهما ان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحالف لما وجب
فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا فيجعل ان النكول تعبير
عن الباذل والمكلف وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجرى فى
هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت فى نفسه والسكوت محتمل فلا يكون
حجة فيما يسقط بالشبهة واللعان حد الزوج فاشبه حد القذف وله ان النكول
بذل لانه لو حملناه على الاقرار لكذبناه فى الانكار ولو حملناه على البذل لقطعناه الخصومة
بلا تكذيب فكان اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء
فانها لو قالت لا نكاح بينى وبينك لكنى بذلت نفسى لا يعمل بقولها وكذا السيد
لو قال انا لست بحر لكنى بذلت نفسى لتسترقنى لا يحل له ان يعاملنى لما دفعا في البذل
فيه جاريا اتفاقا فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله
ولا فلا فلا قائدة فى اضاعة القول على قولهما ● والسارق يحلف فان نكل ضمن ولم يقطع
لانه فى السرقة يدعى المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة بخلاف ايجاب المال فانه يثبت
به كما يثبت بشهادة رجل وامرأتين حيث لا يثبت القطع ويضمن المال ويقول فى الاستحلاف
بالله ما له عليك هذا المال وعن محمد ان القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال

ادعى المال فانه لو ادعى دعوى السرقة واخذ المال • ويحلف الزوج ان ادعت المرأة
طلاقا قبل الدخول اجماعا فان نكل ضمن نصف المهر لان الاستحلاف يجري في المال اتفاقا
لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح يحلف ان ادعت مهرها او نفقتها لانه
دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يحلف في النسب ان ادعى حقا كالارث
والنفقة وغيرهما بان ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه
او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب
بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضي بالمال والنفقة لا بالنسب • ويحلف في القصاص
فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف ولا يقتص منه وفيما دونها اي فيما دون النفس
يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار
فيه شبهة العدم لانه في امتناعه عن اليمين احتمال يحتمل لاجل الترفع عنها
بنا فلا يجب به العقوبة كالحدود واذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه
الارش بخلاف ما اذا اقام رجلا وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا بالشهادة
على الشهادة فيه لا يقضى بشيء لان القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له
فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فصار الى الارش ونظيره ما
اذا اقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد يجب الدية وبالعكس لا يجب شيء وكذا في
الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وانه مال كما يجب بالنكول
لان المال فيه اصل ثم يتعدى الى الحد فان القصاص بقي لا صلا على حاله وهنا الاصل
القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال حتى يباح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره بخلاف
النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى فاذا سلك بها مسلك
الاموال يجري فيها البذل كالاموال الا انه لا يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البذل مفيد لقطع
الخصومة فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين
حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة • فان قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب يمين
خصمه لا يحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية ومع
ابي يوسف في رواية اخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر
يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف ان اليمين حقه بالحديث
الذي رويناه وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يندفع به مؤنة المسافة ويتوصل الى
حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت
خارج المصر ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة على ما روينا
فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه
قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولا يفيد الاستحلاف فيه مع حضور الشهود

هنا لان المسلم اذا اقام البينة بعد ما حلف فيجب ان يتوقاه • ويكفل بنفسه ثلاثة ايام
كيلا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه
لان الحضور واجب عليه اذا طلبه للتوثق حتى يتعدى ويتخطى الى القاضي ويحال بينه
وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره لمجرد الدعوى كالاستحلاف بمجرد الدعوى وفي
ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل
وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه التكفيل لان الخصم لم يجب عليه شيء بعد قبل
اقامة البينة والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف
انه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني
وان كان يجلس في كل عشرة ايام يكفل الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه
والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد انه ان كان معروفا فالظاهر من
حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال فلا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا ان كان
المدعى حقيرا لا يخفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا اعطى هو باختياره
يؤخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يؤخذ
منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤب
ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل • فان ابى ان يكفل لا يجبره
القاضي على التكفيل بل لازمه المدعي ودار معه حيث دار مقدار مدة التكفيل على
المولدين حتى لا يغيب • وان كان غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضي لانه يلحقه الضرر
بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا حيف في هذا القدر ظاهرا وله ان يطلب التوكيل
بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا
فله ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالبه بنفس
الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا
بالمال فله ان يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود لا يستوفى وقد يكون من الاصيل
ايسر وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولئلا يغيبها
المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب **فصل**
في كيفية اليمين والاستحلاف • واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق لما روى ابن عمر
رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سمع عمر رضي الله عنه وهو يحلف بابيه فقال ان الله تعالى
ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت رواه البخاري ومسلم
وقيل ان الح الخصم صح الحلف بهما لقلة مبالاة الناس باليمين بالله في زماننا
لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي عليه
بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان الشاهد
كاذب لا يجيبه القاضي لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لا سيما

اذا اقام بينة • ويغلظ في اليمين بذكر صفاته تعالى ان شاء القاضي وذلك مثل قوله
والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر
ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شيء منه لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر
عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله ان يزيد على هذا ان شاء وله ان ينقص
عنه الا انه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين
ولو امره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه
يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ
على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ
ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله وقد حصل
ويحترز من التكرار في اليمين على ما ذكرنا • لا يغلظ اليمين بزمان او مكان وقال الشافعي
ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ مائتي مثقال يغلظ
بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبي عم ان كان
بالمدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجامع في غيرها فان لم
يكن ففي المساجد ويكون ذلك يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله عم
واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان او الزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان
المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضي
حيث يتكلف حضورها وهو مدفوع • ويحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة
على موسى عم والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عم والمجوسي بالله
الذي خلق النار والوثني بالله لقوله عم لابن صوريا الاعور اليهودي انشدك
بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنى في كتابكم هذا ولان اهل الكتاب
يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد
تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر خلقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله يعتقد
ان الله تعالى خالقه وانما اشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم
من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن ابي حنيفة انه لا يحلف احد الا بالله
تعالى خالصا احترازا عن الشركة غيره في التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاف انه لا يحلف
غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار
تعظيمها الا ان اليمين يشعر بذلك ولا ينبغي ان تعظم النار بخلاف التوراة والانجيل
لانه كتاب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في الاصل فكانه وقع عند محمد
انهم يعظمونها تعظيم الشعار ولا يعبدونها حقيقة • ولا يحلفون في معابدهم
لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها لما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه ايضا

• ويحلف على الحاصل ففي البيع والنكاح بالله ما بينكما بيع قائم او نكاح قائم
في الحال وفي الطلاق ما هي بائن منك الان وفي الغصب ما يجب عليك رده وفي الوديعة
ماله هذا الذي ادعاه في يدك وديعة ولا شيء منه ولا له قبلك حق • لا على
السبب نحو بالله ما بعته وما طلقتها وما غصبته لان هذه الاشياء قد تقع
ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب
فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو اقر على السبب ثم ادعى طرو
الرافع لا يقبل منه فيحتاط هذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود
من الاسباب احكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف هو يقول يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه
والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه بان قال قد يقع البيع ثم يتقايلان ونحو
ذلك فانه يحلف حينئذ على الحاصل نظرا له كيلا تفوت حقه وعنه انه ينظر الى انكار
المدعى عليه فان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام
يفوض الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب مما يرتفع برافع وليس في تحليفه
على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب
اجماعا اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة
المبتوتة والخصم اي المشتري او الزوج لا يراهما اي الشفعة والنفقة فانه اذا ادعى
شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب اذ لو حلف على
الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي
وكذا اذا ادعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها لكونه شافعيا فانه يحلف على السبب
اذ لو حلف على الحاصل بالله ما لها عليك النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر
في حق المدعي وكذا يحلف على السبب في سبب لا يرتفع برافع بعد ثبوته كعبد مسلم يدعي
العتق فانه اذا ادعى عتقه على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما اعتقه لعدم
الضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود الرق بعد العتق مسلما بخلاف العبد
الكافر والامة حيث يحلف فيهما على الحاصل اي ما هو حر او ما هي حرة في الحال لامكان
تكرر الرق على العبد الكافر والامة بالردة واللحاق والسبي • ومن ورث شيئا فادعاه
اخر انه له حلف على العلم ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم ما فعل المورث فيمتنع
عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه • وان
شرى او وهب له حلف على البتات لان الشراء والهبة سبب موضوع للملك باختيار
المالك ومباشرته ولو لم يعلم انه ملكه لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم و
هذا لان الحلف باختياره لا يكون الا بعد العلم ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات
فاذا امتنع عما اطلق له يكون باذلا فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يكن

ما اطلق له اليمين على البتات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجري فيها النيابة
ولا يحلف البتات والمشتري والموهوب له اصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه ان اليمين
متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات
لما روي ان النبي عم حلف اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات في الاول
لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل
كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري ان العبد ابق ونحو ذلك فاراد المشتري تحليف
البايع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البايع ضمن تسليم
المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون
الحلف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا ادعى العلم فيحلف على
البتات الا ترى ان المودع اذا قال ان المودع قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل
بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ثم كل
موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول
ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات تعتبر
اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر
مطلقا بخلاف العكس • ولو افتدى المنكر يمينه او صالح عنها على شيء صح ولا يحلف
بعده لما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا
وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر
يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل كان له على المقداد دين سبعة آلاف درهم
اقرضها اياه فقضاه منها اربعة آلاف فترافعا الى عمر رض فلم يحلف ولان الافتداء
صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال النبي عم ذبوا عن اعراضكم باموالكم
وقال عليه م اياك وما يقع عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر
يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي ياخذه على انه حقه او عوض
عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز ان يكون لعقد واحد جهتان كمن
اقر بحرية عبد ثم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل ماله الرقبة في زعم البايع وهو فداء
في حق المشتري حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن الانكار فانه بدل حقه في حق
المدعي ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في
لفظ الصلح والفداء لا يكون له ان يستحلفه بعد ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه
عشرة بالحنث لا يجوز لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل
ويبقى حقه في اليمين على حاله

باب التحالف

ولو اختلفا في قدر الثمن او المبيع
او فيهما حكم لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بالبينة اذ البينة مبينة
كاسمها فيرجح الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي مستعدية حتى توجب

القضاء على القاضي ولا يعارضها مجرد الدعوى وان برهنا اي اذا اقام كل واحد منهما بينة
فالحكم لمثبت الزيادة لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه
ولا في الزيادة فيجب قبوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى في الثمن وبينة
المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البايع بعتك هذه الجارية بمائة هذا
وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فبينة البايع اولى لانه يثبت الحق
له فيه والاخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي وان عجزا عن البرهان ولم يرض واحد
منهما بما قاله صاحبه قيل لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الخصم والا فسخنا البيع فان
لم يرض احدهما بدعوى الآخر تحالفا لان المقصود هذا قطع النزاع فلعله يرغب في البيع
دون الفسخ فيرضيان بعدما علما ذلك وبدئ بيمين المشتري لان المشتري اشدهما انكارا
اذ هو المطالب بالثمن اولا فيكون عند المطالبة فيكون بداءة لانكار وعند نكوله يطالب
بالثمن كما نكل من غير تاخير فيجابه فائدة اليمين وهو الاحتراز في البداءة عند النكول وبنكول
البايع يتاخر الفائدة لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى
يستوفي الثمن فكان ما يستعجل فائدته اولى وعن ابي يوسف انه يبدأ بيمين البايع لقوله عم
اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر فكان ينبغي ان يكتفي بيمينه
فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداية هذا
اذا باع سلعة بثمن وفي المقايضة اي فيما اذا باع ثمنا بثمن او سلعة بسلعة بدأ القاضي
بايهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول ومن نكل لزمه دعوى الآخر اي اذا عرض اليمين
اولا على المشتري فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يفسخ البيع وان نكل البايع لزمه
دعوى المشتري وان حلفا فسخ القاضي البيع بطلب احدهما لقوله عم اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول او بلا بدل
فيفسخ لان البيع بلا ثمن او بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وصفة اليمين ان يحلف
البايع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه
البايع وذكر في الزيادات ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف ليضم الاثبات الى النفي تاكيدا
والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت • ولا تحالف لو اختلفا في الاجل
او شرط الخيار او قبض بعض الثمن ويحلف المنكر سواء اختلفا في اصل الاجل او في قدره
بان قال المشتري الثمن مؤجل وانكر البايع او قال المشتري الثمن مؤجل الى سنة وقال البايع
الى نصف سنة يحلف منكر الزيادة او قال احدهما البيع بشرط الخيار وانكر الآخر او قال
احدهما الخيار الى ثلاثة ايام وقال الآخر الى يومين او قال المشتري اديت بعض الثمن
وانكر البايع لا يتحالفان ويحلف المنكر لان الاختلاف في هذه الاشياء اختلاف في غير
المعقود عليه وبه لان العقد يتم بدون ذلك والتحالف في اختلاف المعقود عليه وبه

عرف بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه وهذا لان الشارع اوجب التحالف اذا اختلف
المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به
البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او في الثمن
تحالفا ومن حوله او قبض بعض الثمن نظير ذلك لو اختلفا بعد استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك
ولا تحالف ايضا بعد هلاك المبيع وحلف المشتري اي لو هلك المبيع ثم اختلفا في
الثمن فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول للمشتري بيمينه وعند محمد يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك وتلزمه القيمة لان كلا منهما يدعي عقدا ينكره الاخر فيتحالفان
ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة
وكذا الخلاف لو تعذر الرد وهو قائم يعني لو خرج المبيع عن ملكه او تغير او حدث العيب
عنده وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عندهما والقول
للمشتري وعند محمد يتحالفان لان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الاخر وصاحبه
ينكر فيتحالفان كما اذا كان المبيع قائما لان القيمة بمنزلة العين عند عدمه ولهما
ان اليمين على المنكر حقيقة النفي والبائع ليس بمنكر لان المشتري ليس يدعي ع[ليه]
لان السلعة سلمت له ملكا وبدا واذا لم يكن البائع منكرا لا يمين عليه والشرع
ورد به حال قيام العين لفائدة الفسخ ولا فسخ بعد هلاكها لعدم بقاء العقد وايهما
اقام البينة قضي بها وان اقاما فبينة البائع وان ماتا او احدهما واختلف الورثة
فلا تحالف لانهما ليسا بمتبايعين فلا يتناولهما ه ولا تحالف ايضا بعد هلاك
بعضه اي بعض المبيع الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك بان لا ياخذ شيئا
من ثمن الهالك ويجعل العقد كان لم يكن الا على القائم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يتحالفان ويرد الباقي والقول للمشتري في حصة الهالك عند ابي يوسف وتلزمه قيمته
اي قيمة الهالك عند محمد لان هلاك السلعة لا يمنع التحالف عنده لما مر فهلاك البعض
اولى ولابي يوسف ان المبيع اذا كان قائما يتحالفان وان كان هالكا لا يتحالفان
واذا هلك نصفه وبقي نصفه نعطي كل نصف حكمه ولابي حنيفة ان النص ورد حال
قيام السلعة بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره الا انه اذا رضي بترك حصة الهالك
يصير الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يرد الا على الباقي ومن المشايخ من قال على قول
ابي حنيفة ياخذ من ثمن الهالك ما اقر به المشتري دون الزيادة وذكر محمد في الجامع قول
ابي يوسف مع قوله وهو الصحيح فيحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفين فان نكل لزمه
وان حلف يحلف البائع ما بعتهما بالف فان حلفا فسخ العقد في القائم ويرد المشتري حصة
الهالك من الثمن الذي اقر به وتعتبر قيمتهما اي قيمة الهالك والباقي في الانقسام يوم القبض
وان اختلفا في قيمة الهالك فيه اي يوم القبض فالقول للبائع لانه ينكر زيادة السقوط
بعد تفاقهما على الثمن وايهما اقام البينة قبلت وان برهنا فبرهانه اولى اي ان اقاما

بينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لكونها مثبتة للزيادة ه وان اختلفا في قدر
الثمن بعدما اقالا البيع تحالفا وعاد البيع ان لم يقبض البائع المبيع معناه اذا اختلفا بعد
ما تقايلا قبل قبض المبيع يجري التحالف فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع
الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لان كل واحد منهما يدعي وينكر فيتعدى
الى الاقالة وان قبضه اي ان قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عندهما خلافا
لمحمد فانه يتحالفان عنده لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا ه ولو اختلفا
في قدر راس المال بعد اقالة السلم فالقول للمسلم اليه بيمينه ولا يعود السلم يعني لو اسلم عشرة
في كر بر ثم تقايلا ثم اختلفا في مقدار راس المال بعد الاقالة فقال المسلم اليه كان راس المال
خمسة وقال رب السلم بل عشرة فالقول للمسلم اليه مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة
وهو ينكر ولا يتحالفان لان المعقود عليه سقط بالاقالة فلو تحالفا ينفسخ الاقالة ويعود
السلم السابق والدين متى سقط لا يعود ه ولو اختلفا في قدر الاجرة بان ادعى الموجر انه
اجره شهرا بعشرة دراهم وادعى المستاجر انه استاجره بخمسة او المنفعة بان ادعى الموجر انه
اجره شهرا وادعى المستاجر انه استاجره شهرين او فيهما اي في قدر الاجرة والمنفعة قبل استيفاء
المنفعة تحالفا وترادا اي فسخا العقد وجه التحالف ان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع
قبل قبض المبيع في كون كل من المتعاقدين يدعي على الاخر وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة
يجري فيها الفسخ فالحقت به ويبدا بيمين المستاجر ان اختلفا في الاجرة وبيمين الموجر ان
اختلفا في المنفعة وتفاسخا العقد كما في البيع وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما اقام
بينة قبلت وان برهنا فحجة المستاجر اولى ان كان الاختلاف في المنفعة وحجة الموجر اولى ان
كان الاختلاف في الاجرة وحجة كل في الزائد عنده اولى لو اختلفا فيهما اي في الاجرة
والمنفعة بان ادعى الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة فيقضي بشهرين بعشرة
وان اختلفا بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان والقول للمستاجر مع يمينه
لان جريان التحالف في الفسخ والمنافع المستوفاة لا تحتمل فسخ العقد فيها فامتنع التحالف
وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان
الهلاك انما منع عنده في البيع لان للهالك قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى
التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل تتقوم بالعقد
وبالفسخ يرتفع العقد فتبين انه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستاجر
لانه هو المنكر وان اختلفا بعد استيفاء البعض يعني اذا استوفى بعض المنافع و
بقي البعض يتحالفان وتفسخ الاجارة فيما بقي والقول للمستاجر فيما مضى لان الاجارة
تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه
ابتداء فصار ما بقي من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع
فان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدا بل الجملة معقودة بعقد واحد فلا تحالف

الفسخ في تحصنه بالهلاك فتعذر في كله ضرورة ٥ وان اختلفا اي المولى والمكاتب
في بدل الكتابة لا يتحالفان عند ابي حنيفة والقول للعبد لانكاره الزيادة وقالا
يتحالفان وتفسخ الكتابة لانهما اختلفا في بدل عقد يقبل الفسخ فصار كالبيع ولكنه
ان التحالف جار فيما اذا نكل احدهما لزمه دعوى الاخر والمكاتب لا نكاد يلزمه شيء
لتمكنه من الفسخ بالتعجيز لا كذلك البيع لانه لازم من الجانبين ٥ وان اختلف الزوجان
في متاع البيت سواء قام النكاح بينهما او لا وادعى كل منهما ان المتاع كله له ولا بينة لهما
فالقول لها اي للزوجة مع يمينها فيما صلح لها كالدرع والخمار وثياب النساء والحلي
ونحوها والقول له اي للزوج مع يمينه فيما صلح له كالعمامة والقباء والقلنسوة
والطيلسان والمنطقة والكتب والدرع والفرس والنشاب ونحوها او صلح لهما
كالفرش والامتعة والاواني والدفين والذهب والعقار والمواشي والنقود لان المراة
مع ما في يدها في يد الزوج ولذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول له
كذا هنا بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهرا اخص ظهورا من اليد وهو يد الاستعمال فجعل
القول قولها الرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى به
وبعد موت احدهما اي احد الزوجين لو اختلف الحي منهما مع ورثة الاخر في القول في المحتمل
اي في الامتعة التي يحتمل ان يكون لكل واحد للحي مع يمينه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
كذلك اي القول للحي منهما في الزائد على جهاز مثلها مما صلح لكل واحد منهما وفي جهاز مثلها
فالقول لها اي للزوجة ان كانت حيا او لورثتها ان كانت ميتا لان الظاهر ان المراة
تاتي بالجهاز وهذا ظاهر جريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا
معارض لظاهره فكان معتبرا وعند محمد فالقول فيما صلح لهما للرجل ان كان حيا
او لورثته ان كان ميتا لما قلنا ولابي حنيفة من الدليل وهو ان المراة وما في يدها
في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله
وان كان احدهما اي احد الزوجين مملوكا فالكل مما صلح لهما للحر منهما في الحيوة لان
الحر اقوى لكون اليد في نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى
والاقوى اولى والحي منهما في الموت حرا كان او مملوكا لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن
المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب
كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما
قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه كما
لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع
البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

فصل

ممن لا يكون خصما ٥ قال ذو اليد هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او
اجرنيه او رهننيه او غصبته منه وبرهن على ذلك اندفعت خصومة المدعي لانه اثبت

ببينته ان العين وصلت اليه من جهة الغائب وان يده ليست بيد خصومة فصار
كما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشياء دون
الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة والعكس
مرتفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو اقام البينة لانه بظاهر يده صار
خصما فلا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه و
لا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من ان يكون خصما في ضمن
ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بدون اصله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة
تبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها او ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه
وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان كلامه اقرار منه
بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالحق بالبينة فيثبت ما اقر
به بمجرد الاقرار الا يرى من اقر بعين لغائب ثم اقر بها لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر
بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشيء ثم مرض فصدقه المقر له في مرضه كان الاقرار
اقرار الصحيح وكذا لو اقر بشيء لشخص ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره حجة
بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخلو اما ان يكون صادقا او كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة
بينهما وان كان كاذبا فاقراره على نفسه صحيح فيثبت به ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا
ان يده اثبت امرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه
وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المراة او الامة اذا اقامت بينة على الطلاق او
العتاق تقبل في قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق والعتاق فصار كان المدعي اقر بذلك اي
اثبت اقراره به وهذا لان مقصوده نفي اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب
وهو خصم في اثبات يده فيثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعه بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت
عليه بظاهر يده وهذا يخبر بالخصومة ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا
ادعى ايفاء ماله على غيره ولانه دفعها بلا بينة يؤدي الى توى الحقوق لان احدا لا يعجز
عنه وقوله وخروجه من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الى اخره قلنا ثبوت الملك
متوقف على قبوله فيتوقف موجبه وارتفاع الخصومة منها فيتوقف عليها حتى لو صدقه تبين
ان ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى
المقر له لا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا
غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة
عنه وان اقام بينة على انها وديعة عنده لان الاستقلال لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه
القيمة وهي في ذمته الا يرى ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين ان ذمته كانت
لغيره وفي العين يتبين وعلى هذا ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب ونحوه لان ذا اليد صار خصما
للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة ان العين لغيره الا برهان دعوى

الفعل يجوز على غير ذي اليد فكان متلاوما بالتحويل ودعوى الملك لا يجوز
فيندفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا اثبت بالبينة انه حافظ ليست
يده يد خصومة اندفعت الخصومة عنه ▪ وقال ابو يوسف فيمن عرف بالحيل لا تندفع
عنه الخصومة وان اقام بينة ان العين للغائب وبه يوخذ لان المحتال من الناس
ياخذ مال غيره غصبا او سرقة ثم يدفعه الى غريب يريد ان يغيب من البلدة ويودعه
ان يرده اليه علانية ويسال الاشهاد ليمكنه الاشهاد على ان هذا الشي اودعه غيره
عند ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله ▪ وان قال الشهود اودعه من لا نعرفه
لا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف
يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت بطلت خصومته لانه لو كان المدعي هو
المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ▪ ولو قالوا
نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه فكذلك لا تندفع الخصومة عند الامام ابي حنيفة
خلافا لمحمد فانه قال تندفع عنده لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا
اذا احاله على معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا
تكون معرفة الا يرى الى قوله عليه السلام لرجل اتعرف فلانا فقال نعم فقال اهل تعرف اسمه
ونسبه فقال لا قال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه
لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر
باندفاعها عنه ولابي حنيفة ان ذا اليد اثبت ببينته ان العين اخذها من غير المدعي
وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون انه غير هذا المدعي
ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظة وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية
لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعي بعدم التمكن من اتباعه مضافا الى نفسه حيث نسي
خصمه او الى الشهود حيث لم يعينوا له خصمه فاضرار به وعن محمد انه عنده لا تثبت الشي
ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وان يده يد حفظ
وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وتسمى هذه المسألة مخمسة
كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية والاجارة والرهن و
الغصب وفيها اختلاف خمسة من الائمة ▪ ولو قال اشتريته منه اي من الغائب اندفع
وكذا لو قال المدعي سرقته او غصبته مني وان برهن ذو اليد على ايداع الغائب وكذا
ان قال سرق مني لا تندفع الخصومة لان ذا اليد في المسألة الاولى بدعواه الشراء
من الغائب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه خصم وفي المسألة الثانية
ان المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل
عليه وفيه لا يمكنه الخروج منها بالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فهو الذي يشترط
حتى تصح دعوى على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة كما في دعوى

الملك المطلق ولو اقام الخارج البينة فقضي له به ثم جاء المقر له الغائب واقام بينة على انه له تقبل
بينته لان الغائب لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد خاصة ▪ وفي الثالثة قول المدعي
سرق منه يكون دعوى للفعل عليه في المعنى استحسانا وانما جهله بالبناء للمفعول لاجل
الستر عليه كيلا تقطع يده فصار كانه قال سرقته مني خلافا لمحمد هو يقول لا تندفع
الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب مني على البناء
للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسألة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل
وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى انه
اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعها اياه اندفعت
الخصومة وان ادعى على ذي اليد فعلا لان المدعي قد استوفى احكامه فصار كالعدم فكان
كدعوى مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع ▪ ولو قال المدعي ابتعته من زيد وقال
ذو اليد اودعنيه هو اي زيد دفعت الخصومة بلا حجة لانهما اتفقا على ان اصل الملك لغير المدعي
فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعي صورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعي اخذه من
يده الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه فياخذه لكونه احق بالحفظ ولو صدقه
ذو اليد في شرائه منه لا يامره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره
ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيله فانه لا تندفع الخصومة الا ببينة لان وصول العين
الى يد ذي اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار
المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الوكيل دفعها الى ذي اليد لا تندفع بخلاف
المسألة الاولى وهي مسألة الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما باقرار
ذي اليد نصا وباقرار المدعي ضرورة لان الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه
وصل اليه من جهته ▪ ولو قال ذو اليد ان فلانا اودعنيه العين فقال المدعي كان اودعك اياها
ثم وهبها مني او باعك اياها وانكر ذو اليد يستحلف بالله انه ما وهبها له ولا باعها منه
فان نكل عن اليمين جعله خصما لان نكوله كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره بالشراء اعتراف
منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار المدعي بها

باب دعوى الرجلين

لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج فيه احق ▪
يعني اذا تنازع رجلان في ملك مطلق واقام الخارج وذو اليد بينة على الملك المطلق فبينة
الخارج اولى عندنا لا بحجة الملك المطلق بل لو كان دعواهما النتاج يقضى لذي اليد اتفاقا وقال
الشافعي بينة ذي اليد في الملك المطلق اولى لان بينة ذي اليد تقوى باليد فكان اولى كما في
النتاج ولنا ان بينة الخارج تثبت الملك من كل وجه وبينة ذي اليد تثبته من وجه لان
الملك ثابت له من جهة اليد والبينات ترجح بكثرة الاثبات على ما في النتاج لان اليد لا تدل عليه
فامكن الترجيح بها ▪ ولو برهنا على ما في يد اخر قضي به لهما يعني اذا ادعيا شيئا في يد غيرهما
وزعم كل واحد منهما انه له ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخا قضي بالعين بينهما نصفين لاستوائهما

ورُوي عن الشافعي انهما يستهمان وعنده انه يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة
بيقين لاستحالة ان يملك شخصان عيناً واحدة كل واحد منهما كاملاً فتعين التهاتر لعدم
الاولوية كما في دعوى النكاح او المصير الى القرعة لما روي ان النبي عم اقرع بين رجلين
تنازعا في امة واقام كل واحد منهما بينة انها له فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق
ثم قضى بها لمن خرجت له قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة وقال
مالك يقضي لاعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل اقوى في الحجية فلا
يزاحمه الضعيف وقال الاوزاعي يقضي لمن كان شهوده اكثر عدداً لان طمأنينة القلب الحاصلة به
ارجح ولنا ما روي عن ابي موسى الاشعري ان رجلين ادعيا بعيراً على عهد رسول الله عم فبعث
كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله عم نصفين رواه ابو داود وعن ابي موسى ان رجلين
اختصما في دابة الى رسول الله عم ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه ابو داود و
النسائي واحمد ولانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل فيستويان في الاستحقاق
كالموصى لهما بان اوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغرماء
في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع
فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن هنا لان اليد قد تتوالى في عين واحدة في اوقات مختلفة
فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيعمل بالتنصيف منهما ولا يجوز
الترجيح بكون الشهود اعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح
بكثرة العدد لان الترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته وما روي ان النبي عم اقرع بينهما الحديث
فهو محمول على انه كان في وقت كان القمار مباحاً ثم انتسخ بانتساخ القمار لان القرعة
لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قماراً فكذا التعيين للمستحق وانما يقرع في القسمة لتطييب
القلوب ونفي التهمة لا للاستحقاق الا يرى ان للامام ان يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب
القمار ٥ ولو برهنا على نكاح امرأة سقطا يعني لو اقام اثنان بينة على ان هذه المرأة زوجته
تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي لمن صدقته
منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان احدهما
زوجها فان ارّخا فالسابق احق لانه يثبت النكاح في وقت لا ينازعه فيه احد وان اقرت
لاحدهما قبل البرهان فهي له لتصادقهما وان برهن الآخر بعد ذلك الاقرار قضي له لان
البينة اقوى من الاقرار لانها ملزمة وان برهن احدهما فقضي له ثم برهن الآخر لا يقبل
لان الاول قوي باتصال القضاء فلا ينتقض بما هو دونه الا ان اثبت سبقه لظهور الخطأ
بيقين وكذا لا يقبل برهان خارج على ذي يد نكاحه ظاهر الا ان اثبت سبقه
فالحاصل انهما اذا تنازعا في امرأة واقاما البينة فان ارخا وكان تاريخ احدهما اقدم
كان هو اولى وان لم يؤرخا او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها
او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة ٥

وان برهنا على شراء شيء من آخر فلكل نصفه بنصف ثمنه او تركه اي لو اقام كل واحد
من الخارجين بينة على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف
الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي ان يقضي
بينهما لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بيناه فيتخير كل واحد منهما لتغير
شرط عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبداً واحداً من رجل
واجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كانه باع كله من كل واحد منهما
في وقت واحد حكماً وان لم يكن كذلك حقيقة او يحمل على ان البيع لكل واحد منهما صدر من
وكيله وذلك ممكن في وقت واحد وبترك احدهما بعد ما قضي لهما لا ياخذ الآخر كله اي
لو قضى القاضي بينهما وابى احدهما ان ياخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر ان ياخذ
كله لانه صار في النصف مقضياً عليه فانفسخ البيع فيه فلا يعود الا بتجديد العقد بخلاف
ما لو كان ذلك قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر ان ياخذ جميعه لانه اثبت
ببينته انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد
فصار نظير تسليم احد الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فللآخر ان ياخذ كل المبيع وان
كان بعده فليس له ان ياخذ الا النصف لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة
القضاء به بينهما فان كان لاحدهما يد ولم يكن لهما تاريخ او كان لاحدهما تاريخ ولم يكن
للآخر يد ولا تاريخ فهو اي ذو اليد او ذو التاريخ اولى من الآخر لان تمكن ذي اليد
من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد وترجح
احدهما بالقبض فلا ينتقض قبضه المعاين المحقق بالاحتمال والشك واما اولوية
ذي التاريخ فلثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر يكون قبله او بعده
وان ارخا فالسابق اولى لانهما لما ادعيا الشراء من ذي اليد اتفقا على انه مالك
للمبيع ثم اثبت احدهما الشراء منه في وقت لا ينازعه فيه احد فاندفع به الآخر
بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ
الاسبق لان كل واحد منهما فيه خصم عن بائعه في اثبات الملك له وملك بائعيهما لا تاريخ
فيه فصار كان البائعين حضرا واثبتا الملك لانفسهما من غير تاريخ وان كان لاحدهما
يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى لان التاريخ حالة الانفراد غير معتبر فبقي التمسك باليد الدال
على سبق الشراء ٥ والشراء احق من هبة وصدقة مع قبض يعني اذا ادعى احدهما الشراء
من شخص وادعى الآخر هبة وقبضاً من ذلك الشخص واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان
الشراء اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتاً للملك بنفسه بخلاف ما اذا
اختلف المملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه اولى اذ عند اختلاف
المملك يصير كل منهما خصماً عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما
اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك باتفاقهما وانما يحتاجان الى اثبات الملك

لا يشبهها او فيه بعد ما لا يتوهم وفيما اذا كان مع احدهما تاريخ والملك لهما واحد يكون لا مؤرخ
تاريخا لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان الملكان مختلفين اذ
لا يعتبر فيه سبق التاريخ وكذا الشراء والصدقة مع القبض في جميع ما ذكرنا من الاحكام
• والهبة مع القبض والصدقة مع القبض فيما لا يحتمل القسمة سواء لاستوائهما
في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو
عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع
انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر لا لمعنى في السبب ولو حصل المقصود بالهبة
لا يرجع ايضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم او عوضه الموهوب له عنها والصدقة
قد لا تكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان
الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح انه لا يصح لانه تنفيذ الهبة من
الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما
يجوز بناء على ان هبة واحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد
بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ
اذ كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة
والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي له بالعقد
الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا
فيما اذا لم يوقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاقدم
اولى وان لم يوقتا ومع احدهما قبض كان هو اولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بيناه في
الشراء من ذي اليد • وكذا الشراء والمهر سواء عند ابي يوسف يعني اذا ادعى احدهما
شراء وادعت المرأة ان ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سواء لاستوائهما
في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة ويثبت الملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع
على ما بيناه ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى
وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة
عليه • وقال محمد الشراء اولى وعلى الزوج القيمة اي قيمة العين لتلك المرأة لان
العمل بالبينتين ممكن فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بها مهما امكن واجب
وهنا امكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على اعيان مملوكة للغير جائز ويجب
تقديره ويصار عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقديم النكاح مبطل للبيع
اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم
النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخرا لا يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار
الى تأخير الشراء فيجعلان كانهما وقعا معا وهما في افادة ملك العين سواء فلا يقدم
احدهما على الاخر كدعوى الشراء منهما والقياس ان يكون النكاح اولى من الشراء

لانه اقوى الامرين لانه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل
التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا ولا اعتبار فيما قاله محمد لاثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو
لا يمكن اثباته الا بحجة • والرهن مع القبض اولى من الهبة معه يعني اذا ادعى احدهما رهنا
وقبضا والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد واقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا
قبض كان الرهن اولى لان الرهن مضمون والهبة امانة والمضمون اقوى فكان اولى وان كان
الهبة بشرط العوض فهي اولى لانها بيع انتهاء والبيع اولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك
للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لا صورة • وان برهن خارجان
على ملك مؤرخ او شراء مؤرخ من واحد غير ذي اليد فالسابق اولى اي لو اقام الخارجان
على الملك المطلق والتاريخ او على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان اسبقهما
تاريخا اولى فيهما اما الاولى وهي المسألة الاولى فلانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى
هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته وهذا قول ابي حنيفة واخر قولي ابي يوسف وقول محمد اولا
ثم قال محمد يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الاخر فهو للمؤرخ عند ابي يوسف
انه يقضي بها لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح
الروايات وعلى قول ابي يوسف يقضي للمؤرخ وعلى قول محمد يقضي للذي لم يؤرخ لانه يدعي اولية الملك
ولا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقبوض
من شاهد التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لترجح بينته على بينة الخصم فاثبات
زيادة الاستحقاق لا يتصور في دعوى اولية الملك وكان التقدم والتأخر فيه سواء ولا ترجيح
لاحدهما ولان كل جزء فيهما سواء عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف المؤرخ اولى وعند محمد
المبهم اولى لانه اول اليد ولابي يوسف ان المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك
الاخر فكان المتيقن اولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشراء من واحد ولابي حنيفة
ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشراء
من واحد لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى اقرب اوقاته ما لم يؤرخ فان ارخ دل على سبق
ملكه فترجح به على الاخر وان لم يؤرخ واحد منهما فهما سواء على ما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا
ارخا تاريخا واحدا لعدم الترجيح وفي المسألة الثانية فلانهما لما ادعيا الشراء من شخص واحد
فقد اتفقا على ان الملك له ثم اثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا ينازعه فيه احد كان
اولى لانهما اتفقا على ان الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان كل واحد يدعي الشراء
من شخص اخر غير الذي يدعيه صاحبه الشراء على ما يجيء ولو لم يؤرخا فهما سواء
وان ارخ احدهما دون الاخر فالمؤرخ اولى لما بينا وان كان مع احدهما قبض
كان هو اولى ولو ارخ الاخر لان الثابت بالقبض انه اقدم تاريخا وحاصله ان هذه المسألة
مثل المسألة الاولى وهي ما اذا ادعيا الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام
حتى اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الهبة او القبض او ادعى احدهما الشراء والاخر المهر
او احدهما الرهن والاخر الهبة كان الجواب في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بيناه

والجامع بينهما ان المدعيين في المسئلتين تتقابل عوضهما الشراء من شخص واحد على ان الملك
كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحدا ٥ وان برهن احدهما
على الشراء من زيد والآخر من عمرو واتفق تاريخهما فهما سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء
كان تاريخ احدهما اقدم او لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق
ولا تاريخ فيه فثبت لكل واحد من البايعين ملك مطلق فيكون بينهما نصفين كما اذا حضر البايعان
وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو وقت احدهما فقط اي لو ذكر احدهما تاريخا دون الآخر
فهما سواء لانه لا يترجح التقدم حقيقة وكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما اذا كان
المملك لهما واحدا حيث يكون اقدمهما تاريخا اولى لان ملك بايعهما ثبت باقرارهما فلا يتصور
التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه وكان البيع الثاني من غير مالك
فلا يجوز وكذا لو ارخ احدهما كان المؤرخ اولى به لما ذكرنا من قبل ٥ ولو برهن خارج على
الشراء من شخص وآخر على الهبة والقبض من غيره وآخر على الارث من ابيه وآخر على الصدقة
والقبض من رابع قضي بينهم ارباعا سواء كان معهم تاريخ او مع بعضهم او لم يكن لما ذكرنا
انهم يتلقون الملك من مملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يتقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل
٥ ولو برهن خارج على ملك مؤرخ وذو اليد على ملك اقدم منه فهو اي برهان ذي اليد
اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في رواية حيث لا تقبل عنده بينة ذي اليد
في الملك المطلق اصلا لان البينة في الملك المطلق تثبت اولية الملك فيستوي فيه التقدم و
التأخر فصار كانهما قاما على الملك المطلق بخلاف ما اذا اقاما بالتاريخ على الشراء من
احد بهما اسبق من الاخرى فان الاسبق اولى سواء كان البايع واحدا او اثنين ولهما ان
البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على
ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر
من قبل ان بينة ذي اليد مقبولة [illegible] فان العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى
المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت بينته ههنا بذكر
التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تقبل الا بعد اثبات التلقي من
قبله فتقبل لكونها للدفع وكذا الخارجان اذا كانت اليد لهما كان صاحب الوقت الاول اولى
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد لا معتبر للوقت لما بينا من الدليل في الجانبين ٥
ولو برهن خارج وذو اليد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج اولى عند
ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ذو الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى
الشراء اذا ارخ احدهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما ان بينة ذي اليد
انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع ولا دفع ههنا لانه انما يكون لو تعين التلقي
من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لانه بذكر تاريخ احدهما لم يحصل اليقين بان

الآخر تلقاه من جهته لو قتنا كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان
تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام احدهما بينة على ملك
مؤرخ والآخر على ملك مطلق فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف ٥ ولو كان الكل
في ايديهما او في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون
الآخر فهما سواء تقضي بينهما نصفين عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف الذي وقت اولى
وعند محمد الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة
كالسمن والمنفصلة كالاكساب وكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف
ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين
ولابي حنيفة ان التاريخ يزاحمه عدم التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث
ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل
التملك من جهة المدعا عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه
ولاحقا من وجه كان المؤرخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فجعل كانهما
ملكاه معا وعند ذلك لا معنى لاعتبار معنى التاريخ ٥ وان برهن خارج وذو يد على
النتاج فذو اليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن
ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت
بها اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد
لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة
ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج
فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها
للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه
لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت
بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا وكذا لو برهن كل
من الخارج وذي اليد على تلقي الملك من آخر وعلى النتاج عنده اي عند من تلقى منه
يعني لو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل وكان هناك بايعان فاقام
البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه
فيقضى به لذي اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى
ثمه لصاحب اليد كذلك ههنا ٥ ولو برهن احدهما اي الخارج او ذو اليد على الملك
المطلق والآخر على النتاج فهو اي صاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته
قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا لو كانا اي المدعيان
خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر
الا من جهته ٥ ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضي له

الا ان يعيده ذو اليد ببرهانه لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به
الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق اخر فان اعاد ذو اليد بينته
قضي له بها لتقدم بينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث
كان المقضي عليه بالملك المطلق لو برهن على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة
النص في دلالته على الاولية قطعا وكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع
على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه الملك
ووجهه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي
كان موجودا والقضاء كان خطا فاني يكون مقضيا عليه • وكل سبب لا يتكرر كنسج ثياب
لا تنسج الا مرة في الملك اذا ادعاه صاحب اليد فهو في الحكم مثل النتاج كنسج ثياب تنسج
الا مرة ادعى رجل انه ملكه نسجه وكحلب اللبن ادعى انه ملكه حلبه من شاته واتخاذ الجبن
ادعى انه ملكه صنعه في ملكه واللبد ادعى انه صنعه والمرعزى وهو الصوف تحت شعر العنز
ادعى انه ملكه وجز الصوف اي مجزوزه ادعى انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة
وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من
كل وجه فيلحق به بدلالة النص • وما يتكرر من ذلك فهو بمنزلة الملك المطلق فيقضى به للخارج كنسج
الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج
فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه وكالبناء ادعى دارا انها ملكه بناها بماله والغرس ادعى نخلا
ملكه غرسه وزراعة البر والحبوب ادعى حنطة انها ملكه زرعها وحصدها من الحبوب واقام
على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضي به للخارج لانها ليست في معنى
النتاج لتكررها • وما اشكل بان لا يتيقن فيه التكرار وعدمه يرجع فيه الى اهل الخبرة لقوله
تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون يكفي الواحد منهم والاحوط الاثنان فان اشكل
عليهم اي على اهل الخبرة جعل كالمطلق فيقضى به للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر النتاج
وهو ما روي ان النبي عليه السلام قضى لذي اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينة انها ناقته نتجها
واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فلا يلحق به الا ما هو في معناه من كل وجه فشرط
ان يتبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد في ملكه حتى لو قال كل واحد منهما او ذو
اليد وحده نسجت هذا الثوب او نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج اولى لان الانسان
ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على ان الثوب نسجه في ملكه وان
الدابة ولدت في ملكه فيبقى دعوى مطلق الملك وفيه الخارج اولى ولا تقبل بينة ذي
اليد حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي او نسج في ملكي وولدت الدابة في ملكي وعلى
هذا لو قال هذا جبن اتخذته انا او قال هذا اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي
او الشاة التي حلب منها لبنه ملكي كان الخارج اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي او حلب
لبنه في ملكي كان ذو اليد اولى وعلى هذا لو اقام الخارج البينة ان هذا الشاة القاضي قضى

له بها بالبينة واقام ذو اليد بينة انها نتجت في ملكه كان ذو اليد اولى عند محمد لما ذكرنا
وعندهما الخارج اولى لان القضاء قد صح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض
قضاؤه ما لم يظهر خطاؤه بيقين • وان برهن خارج على ملك مطلق وذو اليد على الشراء
منه فهو اولى لان الخارج اثبت الملك لنفسه ببينة واثبت ذو اليد التلقي منه فكان له بحكم
التلقي منه واقراره بانه له فيضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا
اقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان على الشراء منه لانه لا ينافي
اذ التوفيق ممكن • وان برهن كل منهما اي من الخارج وذي اليد او الخارجان او ذوا الايدي
على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترتا اي البرهانان وترك المال المدعى في يد
ذي اليد لا على وجه القضاء عندهما وعند محمد ان كانت في يد احدهما يقضي
بالبينتين ويكون للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشتريا من الخارج و
قبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق
على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان
الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل واحد منهما كانها
قامت على اقرار الاخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولان السبب يراد لحكمه
وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات
وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد لم
نقض بزوال ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا للحكم بالنسبة اليه فبقي القضاء بمجرد
السبب وذلك غير مفيد • وان ذكرا في العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضي
لذي اليد عندهما وعند محمد للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وعندهما
يجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما
وان اثبتا قبضا قضي لذي اليد اتفاقا لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج
باع من صاحب اليد بعد ما قبضه وذلك صحيح وان كان وقت ذي اليد اسبق قضي للخارج في الوجهين
يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد اثبت شراءه سابقا
فيجعل كانه اشترى اولا كما شهد به شهوده ثم باع من الخارج فيحمل على انه لم
يسلم اليه ان لم يشهدوا بالقبض او سلم اليه ثم عاد اليه بسبب اخر ان شهدوا بالقبض
• ولا ترجيح بكثرة الشهود يعني ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اكثر لا يرجح
بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لان ما يصلح دليلا مستقلا
لا يصلح للترجيح ولا ترجيح بالوصف وهذا لا تترجح الاية بالاية ولا الخبر بالخبر وانما يرجح
بقوة فيها بان كان احدهما متواترا والاخر من الاحاد او كان احدهما مفسرا والاخر محتملا
فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح احد القياسين
بالقياس لما ذكرنا • وان ادعى احد خارجين نصف دار والاخر كلها فالربع للاول لان من ادعى

الكل لا ينازعه احد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف
الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الارباع ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا
بطريق المنازعة وهو قول ابي حنيفة وعندهما تقسم الدار بينهما اثلاثا سهم لمدعي النصف
الثلث والباقي اي الثلثان يسلم للآخر اي لمدعي الكل لان مدعي الكل يدعي النصفين
والآخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر
حقهما وهذا بطريق العول وها نظائر واضداد نبينها مختصرا فنقول ان جنس
القسمة على اربعة انواع • نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث
والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم المرسلة
والسعاية والعبد اذا قتل عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه
فدفعت قيمته بهما • ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسألة واحدة فضولي
باع عبد الغير من رجل وفضولي آخر باع نصفه من آخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان
الاخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة • ونوع
منها يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احدها
اذا ادعى احدهما نصف الدار والآخر كلها والثانية اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله
واجازت الورثة والثالثة اذا اوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له
مال غيره • ونوع منها يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس
مسائل احديها عبد ماذون له في التجارة بين رجلين ادانه احدهما مائة وادانه اجنبي مائة فدين المولى
سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع الرقبة
يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا والثانية اذا ادانه اجنبيان احدهما مائة والآخر خمسين
يقتسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا احدهما
فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت
بينهما كذلك والخامسة ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد
وليي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلاثة ارباع قيمتها فيقسم بين الشريكين فيعطى الربع
لشريك العافي آخرا والنصف الآخر بينه وبين الشريك العافي اولا اثلاثا ثلثاه لشريك العافي
اولا والثلث لشريك العافي آخرا عنده وعندهما ارباعا ثم الاصل عنده ان القسمة متى وجبت
لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة
عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز او كان حق احدهما في البعض الشائع وحق
الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع
في وقت واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين كانت القسمة على المنازعة
• وان كانت الدار في ايديهما اي في ايدي المدعيين والمسألة بحالها فهي لمدعي الكل نصف بقضاء
ونصف بلا قضاء لان مدعي النصف ينصرف دعواه الى ما في يده لتكون يده يدا محقة

ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه احد فيما في يده فيترك في يده
لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته اولى لانه خارج فيه
فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفه بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء
• وان برهنا اي الخارجان على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق
ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الآخر ظهرت علامة الكذب
فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث
لان الحكم لا يختلف بذلك الا اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها
لذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث • وان اشكل
سن الدابة في موافقة احد التاريخين فهي بينهما لان احدهما ليس اولى بها
من الآخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في ايديهما وان كانت
في يد احدهما قضي بها لصاحب اليد لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يؤرخا
• وان خالفهما بطلتا اي ان خالف سن الدابة التاريخين بطل البرهانان لانه ظهر كذب
الفريقين فترك في يد من كانت في يده ولا تجعل بينهما لانه بطلت ولا يقضى بها بينهما ان كانا
خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها لذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت
لحقهما او حقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر
فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما
وان في ايديهما كما اذا اشكل في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد والاول
ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشيء • ولو برهن احد الخارجين على غصب شيء
والآخر على وديعة استويا يعني لو كان عين في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة احدهما
بالغصب والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير
غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف
بالعمل من غير جحود على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى **فصل** في التنازع بالايدي
• لابس الثوب اولى من آخذ بكمه والراكب احق من آخذ باللجام لان تصرف
المتعلق بالكم واللجام خارج وتصرف اللابس والراكب اظهر فانه يختص بالملك
فكانا اولى من المتعلق لكونهما صاحبي يد بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث تكون بينة
الخارج اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بيناه واما التعلق فليس
بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل
الملك عند عدم البينة فيترك في يده حتى تقوم الحجة والترجيح • ومن في
السرج احق من رديفه لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا
راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا
بذنبها والآخر ممسكا باللجام فالذي ينبغي ان يقضى بها لمن عليه الحمل لانه شاغل

بالحجام غالبا الا بالمالك بخلاف التعلق بالزنبيل ه وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه
عليها لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده ولو كان الحمل لهما كان
الدابة بينهما لاستوائهما ولا ترجح بكثرة ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة
لا بالكثرة والراكبان بلا سرج او فيه سواء لاستوائهما في التصرف وكذا الجالسون على
البساط والمتعلق به حيث يكون بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان
الجلوس ليس بيد وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين
في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه
ليس في يد غيرهما ه وكذا من معه ثوب اي في يده وطرفه مع آخر حيث ينصف بينهما
لان يد كل منهما ثابت فيه وان كان احدهما في الاكثر لا يرجح به لان الترجيح لا يكون بالاكثر
ه والحائط لمن جذوعه عليه او متصل بناؤه اتصال تربيع لان صاحب الجذوع صاحب
استعمال والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى
اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط
المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان الحائط من
خشب فالتربيع ان تكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا نقب فادخل لا يكون
تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط
لا لمن له عليه هرادي جمع هردية وهي الخشبات التي توضع على الحائط ويرسل عليها
قضبان الكرم وتوضع عليها البواري للاستظلال اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال
لا لصاحب الهرادي لان الحائط لا تبنى للهرادي اصلا لانه انما تبنى للتسقيف وذلك
بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما توضعان للاستظلال والحائط لا يبنى
له بل الجار فيه سواء حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر
عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى
بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي
يده يجعل في ايديهما لانه يقضى بينهما وان كان لكل منهما عليه ثلاثة جذوع فكذلك الحائط
بينهما ولا يرجح بالاكثر منها اي من الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع
الثلاثة كما يبنى للاكثر منها وان كان لاحدهما جذوع ثلاثة وللآخر اقل من ثلاثة فهو اي
الحائط لصاحب الثلاثة وللآخر موضع خشبته وفي رواية الحائط كله لصاحب الجذوع
ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع وفي رواية موضع جذعه من اصل
الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في
الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب بيوت وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما
ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال التربيع فلصاحب الاتصال وللآخر حق الوضع وقيل
لذي الجذوع يعني اذا تنازع صاحب الجذوع والاتصال التربيع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه

فصاحب الاتصال اولى لان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء
له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لان
الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة
هذه رواية الطحاوي وصححه الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب
الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وقيل صاحب الجذوع اولى لانه صاحب التصرف
وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسي رح ه
وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها حيث يكون تلك الساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة و
غيرها ولا معتبر بكون احدهما اكثر لان الاخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة
بخلاف ما اذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي لان الشرب يحتاج اليه
الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي تكثر الاحتياج الى الشرب فيستحق به على كثرة حاجته فيه
واما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا
نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار ه ولو ادعيا
ارضا كل انها في يده وبرهنا قضي بيدهما يعني اذا ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما
ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما
لان اليد فيها غير مشاهدة فلا يجوز للقاضي الحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر
احضارها لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت
في يده لقيام الحجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد
ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا
تقسم بينهما بناء على مسالة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة
قوم كبار ادعوا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان تقسم
بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقالا يقسم
ويقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور هنا قول
الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ و
الصيانة والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج اليه لكن
وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده يحلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على
البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار
الى ان يظهر حقيقة الحال فان نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما
قضي عليه بكله للحالف نصفه الذي كان في يده ونصفه الذي كان بيد صاحبه لنكوله
ه وان ادعيا ارضا وصاحبها انها بيد كل واحد منهما فان برهن احدهما او كان لبن فيها
او بنى او حفر قضي بيده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد

والركوب على الدواب واللبس في الثياب ○ في يده صبي يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول له لأنه إن كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند إنكاره إلا ببينة كالبالغ وإن قال أنا عبد لفلان فهو عبد لذي اليد لأنه أقر أنه لا يد له حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش وكذا إن لم يعبر عن نفسه هو عبد للذي في يده لأنه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه فإن قيل الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها غير صحيحة كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين أجيب بأن الرق لم يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تبقى يده عليه وعند عدمها تبقى فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل إذا كان في يده فلو ادعى الحرية عند كبره لا تقبل إلا بحجة لظهور الرق عليه في حال صغره

باب دعوى النسب

ولدت مبيعة لأقل من نصف سنة مذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وإن ادعاه المشتري مع دعوته أو بعدها وهذا القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لأن البيع اعتراف بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن يبيعها وإذا لم تكن الدعوة صحيحة لا يثبت النسب في الجارية بدون الدعوى وجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق العبد عنها وعن ولدها وأمر النسب على الخفاء فقد يظن المرء أن العلوق ليس منه ثم يظهر أنه منه فكان عذرا له في إسقاط اعتبار التناقض وإذا صحت الدعوة استندت إلى وقت العلوق فيظهر أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لعدم جواز بيع أم الولد ويرد الثمن لأن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده لأن دعوة البائع دعوة استيلاد لكون أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير إذ أصل العلوق لم يكن في ملكه وكذا يثبت النسب من البائع لو ادعاه أي لو ادعى البائع الولد بعد موتها أي الأم أو عتقها وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر ويرد حصته من الثمن في العتق وكل الثمن في الموت عند أبي حنيفة لأنه تبين أنه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لأن ماليتها غير متقومة عنده كالحر وقالا حصته فيهما أي يرد حصة الولد من الثمن في العتق والموت ولا يرد حصتها لأن ماليتها متقومة عندهما فيضمن بالعقد والغصب فيكون مضمونة على المشتري فإذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الأم هكذا ذكروا الحكم على قولهما ولو ادعاه بعد موته أو عتقه ردت يعني إذا مات الولد أو عتق ثم ادعى البائع نسب ذلك الولد ردت دعوته ولا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الأصل

في الباب والأم تبع له فيه إذ يضاف إليه ويثبت نسبه أولا ثم يتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عم أعتقها ولدها وقال عم من وطئ أمته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجه ○ ولو ولدت لأكثر من نصف سنة وأقل من سنتين إن صدقه المشتري فالحكم كالأول يثبت نسب الولد من البائع وتصير الأمة أم ولد له تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق إلى ما قبل البيع لإمكانه فتبين أنه باع أم ولده فيبطل وإلا أي إن لم يصدقه المشتري فلا يثبت نسب الولد وإن ولدته لأكثر من سنتين من وقت البيع لا تصح دعوته أي دعوة البائع إذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا فإن صدقه المشتري أي إن صدق المشتري البائع ثبت نسبه إذ عدم ثبوته لرعاية حقه وإذا صدقه زال ذلك المانع وحمل على النكاح أي استولدها البائع بالنكاح حملا لأمره على الصلاح ولم يبطل البيع لأن وقوع العلوق في ملكه غير معلوم ولا يعتق الولد بل يبقى عبدا للمشتري ○ وإن باع عبدا ولد عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتريه صحت دعوته ورد بيع مشتريه لأن اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله وكذا لو كاتبه المشتري أو كاتب أمه أو رهن أو آجر أو زوج ثم كانت الدعوة فيصح وتنقض هذه التصرفات ○ ولو باع أحد التوأمين ولدا عنده واعلم أنهما توأمان إذا كان بين ولادتيهما أقل من ستة أشهر وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فإذا أتت بولد ثم جاءت بولد آخر لأقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهما من ماء واحد إذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حبلى لأن فم الرحم منسد فلا ينفتح وهي حبلى إلا بخروج الولد فأعتقه مشتريه ثم ادعى البائع الآخر الذي لم يبعه أنه ابنه ثبت نسبهما من البائع وبطل عتق المشتري فيه لأن الذي عنده ظهر أنه حر الأصل فاقتضى كون الآخر كذلك لاستحالة كون أحدهما حر الأصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد وكان هذا نقض الإعتاق بأمر فوقه وهو حرية الأصل هذا إذا كان أصل العلوق في ملكه وأما إذا لم يكن العلوق في ملكه بأن اشتراها بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باع بهما لأكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لأنهما لا ينفصلان فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وإن كان المشتري قد أعتقه لا يبطل عتقه لأن هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملكها إلا من يملك الإنشاء فلهذا شرطنا لنقض العتق علينا أن يكون في ملكه ○ ومن في يده صبي لو قال هو ابن زيد الغائب ثم قال هو ابني لا يكون ابنه أبدا وإن جحد زيد بنوته لأنه أقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لأن إقراره حجة في حق نفسه وهذا قول أبي حنيفة وعندهما تصح دعوة المقر إن جحد المقر له أن يكون ابنه لأن إقراره بطل بجحود المقر له فصار كأن لم يكن وهذا يعتق عليه بدعوته ولو كان عبدا له وهذا لأن الأمر بالنسب

بما يرتد بالرد لان الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض وهذا يؤثر فيه الهزل
والاكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا اقر المشتري على البايع
باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البايع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول
اليه فكذا هذا ولان اقراره له بالنسب نفي النسب عن نفسه او انكار لوجوب الحقوق عليه
وذلك لا يمنع الاقرار به بعده بان قال ليس هو ابني ثم قال هو ابني فكذا هذا وهذا يعم المكاتب
الملاعن نفسه بعد نفي النسب يجد فما اذا صدقه لانه يدعي نسبا ثابتا من غيره وبخلاف
ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاعنة
لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا
يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة
في حق نفسه كمن اقر بعتق عبد الغير فكذبه المولى فانه يبقى في حق المقر ولا يرتد
اقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك ولو شهد على رجل بنسب صغير
فردت شهادته لتهمة ثم ادعى الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل لاقراره به
للغير وهذا لانه تعلق بحق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه
وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان في
اقراره شيئان ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه في الدعوة والارتداد للاول
لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه • ولو كان صبي في يد
مسلم وذمي فادعى المسلم رقه وادعى الكافر بنوته فهو ابن الكافر لانه
ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المال اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكانت
فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع
بينهما اولى ولو ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه اولى لاستوائهما في دعوى
البنوة فترجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعا لابيه
• ولو كان صبي في يد زوجين فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت الزوجة انه ابنها
من غيره فهو ابنهما لان كل واحد منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح
اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الاخر لاستوائهما
فيما فيه ولقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما
كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان آخر
غيرك وليس لك انت فيه شيء كان الثوب بينهما لا يصدق كل واحد منهما في ابطال
حق صاحبه فيه لا ان المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي
النسب لا يشارك لانه لا يحتمل هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان
يعبر فالقول له ايهما صدق ثبت نسبه منه • ولو استولد مشتراة ثم استحقت
فالولد حر على الاب قيمته يوم الخصومة يعني لو اشترى امة فولدت منه ثم

استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب اخر
غير الشراء اي سبب كان وكذا اذا تزوج حرة ظاهرة فولدت له ثم استحقت روي
ذلك عن ابن عمر رض في النكاح وعن علي رض في الشراء بمحضر من الصحابة رضي الله
عنهم من غير نكير فكان اجماعا لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار
ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف في انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا
في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رض يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية
يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية
مثلها وقال علي بن ابي طالب رض عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص
ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة
الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه
رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب
قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع فان مات الولد فلا شيء على ابيه لانعدام المنع
ولان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب
امانة عندنا فاولى ان لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وما تركه له
اي ما تركه يكون ميراثا لابيه لانه حر الاصل في حقه وان قتله الاب غرم قيمته لان المنع
تحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا اتلفه الغاصب وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته حيث
يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيئا
لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض اقل من قيمته وجب عليه بمقداره
اعتبارا للبعض بالكل ويرجع المشتري بقيمته اي قيمة الولد وبالثمن اي ثمن الجارية
على بايعه لا بالعقر اي لا يرجع بالعقر من العقر بوطئها لان البايع صار كفيلا بما شرط
عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين وحكم الضمان فلما كان الثمن سالما للبايع
من جانب المشتري وجب ان يكون المبيع سالما للمشتري من جانب البايع وذلك بان يجعل
البايع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك احد
بدعوى باطلة فانا ضامن لك ما ضمنك ولان البايع التزم سلامة عن العيب اذ المعاوضة
تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري فضمنه المستحق
قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البايع بالثمن وما ضمن من قيمة الاولاد دون العقر ولا يرجع
عليه بقيمة الجارية لانه اخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا

كتاب الاقرار

هو في اللغة الاثبات يقال قر الشيء اذا ثبت واقره غيره اذا اثبته وفي الشرع اخبار بحق
لاخر على نفسه لانه لو كان على غيره يكون شهادة ولو كان لنفسه يكون دعوى ولا يصح
الاقرار الا بمعلوم لان فائدة الاقرار ثبوت الملك للمقر له ولا يمكن اثباته لمجهول

وحكمه ظهور المقر به بلا تصديق وقبول من المقر له فانه مخبر عن المقر على المقر به لوقوعه
ولا على الخبر به لاحتماله الصدق والكذب باحتمال عقلي لا انشاؤه فلما كان حكمه
الاقرار الظهور لا الانشاء صح الاقرار بالخمر للمسلم ولا يصح تمليك الخمر له لو اقر له
بطلاق وعتاق مكرها ولو كان انشاء لصح لان طلاق المكره وعتاقه واقع عندنا
● واذا اقر مطلقا بحق معلوم او مجهول كشي وحق صح لان الاقرار حجة شرعية ثبتت
حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي
عليه الحق امره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقد نهاه الله
تعالى ايضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فصار نظير
امره بالشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهد
قاله ابن عباس رض وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والمراد
به الاقرار واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية
باقرارهما فاذا وجب الحد على نفسه باقراره فالمال اولى ان يجب واما الاجماع فلان الامة
اجمعت على ان الاقرار حجة في حق نفسه حتى اوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن
حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال اولى واما المعقول فلان العاقل لا يقر على
نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه او ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة
وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره حتى لو اقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله
ولا يصدق على اولاده وامهات اولاده ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة
لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل اما الاقرار
فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده ثم الاقرار اذا رده
المقر له فيرتد برده ولو صدقه ثم رد فلا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب
في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه اليه بطيب
من نفسه حينئذ فيكون هبة مبتداة منه ● وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد
المحجور عليه يتاخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا الماذون له يتاخر اقراره بما ليس
من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطء امراة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر بجناية موجبة
للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود
والقصاص لان العبد مبقى على اصل الحرية في حقهما الا يرى ان اقرار المولى لا يصح عليه فيه
● وشرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام اهلية الالتزام
الا اذا كان الصبي والمعتوه ماذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة
لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله احد فلا يجد بدا منه فيدخل في الاذن كل ما كان من توابع التجارة
كالديون والودائع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح اقراره فيها لالتحاقه في
حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية

والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة المال
بغير مال والجناية ليست مبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا ينتظمها الاذن والنائم
والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق
محظور لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى
لان السكران لا يكاد يثبت على شيء فاقيم مقامه فاحتمل الرجوع فلا يلزمه شيء وان
سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شيء وكذا شرب المتخذ من الحبوب او العسل
عندهما خلافا لمحمد وقوله او مجهول كشيء وحق اي ولو كان المقر به مجهولا بان قال
علي شيء او حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا او يجرح جراحة ولا يعلم
عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج اليه لابراء
ذمته بالايفاء او التراضي فلا يمنع صحة الاقرار بخلاف الجهالة في المقر له سواء تفاحشت
الجهالة بان قال علي الف درهم لواحد من الناس او لم يتفاحش بان قال علي الف لاحد هذين
لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعي فلا يفيد الا انه
وقيل انها اذا تفاحشت لا يجوز وان لم يتفاحش يجوز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره
وفي مثله يؤمر بالتذكر لان المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدي
الى ابطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله قصدا ونظيره
ما اذا اعتق احد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يؤدي
الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق احد العبدين لان الاعتاق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الاجبار الى
ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا بينهما امكن دعواهما
فيصح اقراره ولو كان المقر عليه مجهولا بان قال لك على احدنا الف درهم لا يصح لان المقضي عليه
مجهول ولزمه بيان المجهول بما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته لانه محل الوجوب
وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة
حنطة او قطرة ماء وما اشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري
فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر والزوجة لا يصح وقيل يصح والاول اصح وعلى هذا
الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا اذا اقر بغصب شيء لا يسمع منه الا اذا بين ما له
قيمة لان لفظ الغصب يدل على انه جرى فيه التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله
علي حق اردت به حق الاسلام لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل
والقول له اي للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه لانه المنكر ● وفي مال
اذا قال لفلان علي مال لا يصدق في اقل من الدرهم لان ما دونه من الكسور
لا يطلق عليه اسم المال عادة ● وفيما اذا قال لفلان علي مال عظيم يلزم نصاب
مما بين به من فضة او غيرها من اموال الزكوة يعني ان ذكر من الدراهم فمائتا
درهم ومن الذهب عشرون مثقالا ومن الغنم اربعون شاة ومن البقر ثلاثون

ومن الابل خمسة وعشرون ومن البر خمسة اوسق لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه ومن
البر خمسة اوسق لانه هو المقدر بالنصاب عندهما وذلك لانه اقر بمال موصوف بالعظم
فيعتبر بهذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا واوجب عليه مواساة
الفقراء وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر
وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم والاصح ان على حق له
يبتنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني
ليس بعظيم فترجح الجهالة ومن غير مال الزكوة قيمة النصاب لما بيناه من عظم النصاب
• وفيما لو قال له علي اموال عظام يلزمه ثلثة نصب من جنس ما سماه لان اقل الجمع
ثلثة فلا يصدق في اقل منه وان بينه بغير مال الزكوة يعتبر ان يبلغ قيمة ثلثة نصب
ويعتبر الادنى في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما روي عن ابي حنيفة ان يعتبر فيه
حال المقر كما ذكرنا • وفيما لو قال له علي دراهم تلزمه ثلثة مثلا لانه اقل الجمع الصحيح
هذا متفق عليه والزائد على ذلك مشكوك فيه وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه لو قال
له علي دراهم مضاعفة تلزمه ستة دراهم لان ادنى الجمع ثلثة وضعفها ستة ولو قال
له علي دراهم اضعافا مضاعفة تلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع واقله
ثلثة فيصير تسعة ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بان قال له
علي دراهم مضاعفة اضعافا لانها بالمضاعفة تصير الثلثة ستة ثم بالاضعاف
وهو جمع تصير ثمانية عشر • وفيما لو قال له علي دراهم كثيرة تلزمه عشرة مثلا
عند ابي حنيفة وعندهما تلزمه نصاب لا يصدق في اقل من مائتين لان صاحب
النصاب مكثر ولهذا يجب عليه مواساة غيره وله ان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ
الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه وعلى هذا الخلاف لو قال له علي
دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا لو قال له علي
ثياب كثيرة او وصائف فعنده يلزمه عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم
ولو قال غصبته ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة او حنطة كثيرة ينصرف الى ادنى
نصاب مما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلثون من البقر
والاربعون من الغنم والخمسة اوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو
قال له علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه
وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان • وفيما لو قال له علي كذا درهما يلزمه درهم
لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة والذخيرة وعندهما يلزمه درهمان لان كذا كناية
عن العدد واقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء اخر وقيل يلزمه
عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم
بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روي عن محمد انه يلزمه مائة لانها اقل عدد يذكر بعده الدرهم

بالخفض ولو قال له علي درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم المقدار
في نفسه فلا يزاد قدره بقوله عظيم لانه وصف ولو قال له علي دريهم لزمه
درهم تام لان التصغير قد يذكر على طريق الاستحقار فلا ينقص من الوزن والمعتبر
هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على الحبة
عادة فلا يعرض عنه الا بحجة • وفيما لو قال له علي كذا كذا يلزمه احد عشر
وان ثلث بان قال له علي كذا كذا كذا فكذلك يلزمه احد عشر حملا للواحد منها
على التكرار اذ لم يجمع بين ثلثة اعداد بلا عاطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار ثم حمل
الاثنين على اقل عدد يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف وهو احد عشر ولو قال
له علي كذا وكذا بالواو يلزمه احد وعشرون ولا يصدق في اقل منه لانه ذكر عددين
مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون وان ثلث بان قال له علي
كذا وكذا وكذا زيد مائة اي يلزمه مائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد
مع الواو وان ربع بان قال له علي كذا وكذا وكذا وكذا زيد الف اي يلزمه الف و
مائة واحد وعشرون وان خمس بان قال له علي كذا وكذا وكذا وكذا وكذا ينبغي ان يزاد
عليه عشرة الاف اي يلزمه عشرة الاف والف ومائة واحد وعشرون وان سدس يزاد
عليه مائة الف وان سبع يزاد عليه الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا
بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا
فعليه احد عشر منهما بالسوية لانه ذكر عددا مبهما واشرك فيه جنسين فيلزمه النصف من
كل واحد منهما عدلا ولو قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد منهما
احد عشر لانه اضاف كل واحد من العددين الى كل واحد من المالين وعلى هذا في المفسر فانه
اذا قال علي احد عشر درهما واحد عشر دينارا يلزمه من كل واحد منهما احد عشر ولو قال
له علي احد عشر درهما ودينارا يلزمه من كل واحد منهما النصف والاصل فيه انه متى ذكر
مقدارا واضافه الى صنفين من المال يلزمه نصف كل واحد منهما كما اذا اقر لرجلين بشيء
عليهما نصفان مثاله اذا قال علي مائة مثقال ذهب وفضة او كر حنطة وشعير
يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو قال له علي عشرة دراهم ونيف فالبيان
في النيف اليه فان فسره باقل من درهم جاز لان النيف عبارة عن الزيادة يقال
جبل منيف اذا كان زائدا على الجبال ولو قال بضعة وعشرون درهما يلزمه ثلثة
وعشرون لان البضعة اوتار العشرة ثلثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الاقل
للتيقن به وكذا كل مكيل وموزون في الاحكام المذكورة • وفيما لو اقر له بشركة في عبد
فهو اقرار بان يجعل من هذا العبد للمقر له نصفه عند ابي يوسف لان الشركة بمعنى
الشركة وهي تنبني على التسوية وعند محمد يلزمه البيان لان الشركة تجيء بمعنى النصيب
وهو مجهول فعليه بيانه بما شاء • وقوله لفلان علي او قبلي من المال كذا اقرار

بدين لان كلمة على للايجاب والالزام وقبلي تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي
ضمن ويسمى الكفيل قبيلا قال وصدق ان وصل لان لفظة هو وديعة صدق لانهما ينبئان عن
الوجوب والحفظ واجب على المودع والمال محله فجاز ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه
خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه محتمله مجازا
وان فصل لا يصدق لانه تقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر
المغيرات من الاستثناء والشرط ● قوله عندي او معي او في بيتي او في صندوقي او في
كيسي اقرار بامانة لان هذه المواضع محل العين لا للدين اذ الدين محله الذمة
والعين يحتمل ان يكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فحمل عليها للتيقن بها وهذا
لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما للمكان معين فيكون من خصائص العين
ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة
لما ذكرنا ● ولو قال لمن ادعى عليه الفا اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها او
ابرأتني منها او وهبتها لي او احلتك بها فقد اقر وبلا ضمير لا لان الهاء كناية عن المذكور
في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعى فكان اقرارا بها بخلاف ما اذا لم يكن فيها ضمير
الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شيء ولو قال والله
لاقضينكها او لا ازن لك اليوم يكون اقرارا بها لانه نفى القضاء والوزن في وقت معين وذلك
لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه واما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء
يكون منتفيا ابدا ولو قال رجل لآخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه
بالعبد والثوب له وكذا لو قال افتح باب داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرجها
او لجامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا منه لان كلمة نعم اقرار مطلقا لانه غير مستقل
وقد خرج جوابا وهو صالح فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولو قيل له
هل لفلان عليك كذا فاومى براسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة
مقام النطق لا من غيره ● ولو اقر بدين مؤجل فقال المقر له هو حال لزمه حالا لانه اقر
على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا
اقر بعبد في يده لرجل وانه استاجره منه فانه يقبل اقراره له به ولا يسمع دعواه الا بحجة
بخلاف ما اذا اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة حيث لزمه
السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر في النوع
والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول المنكر في العوارض وبخلاف
اقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول قوله في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة
نوع حيث ثبت فيها من غير شرط بان كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا المسألة في الكفالة وحلف
المقر له على الاجل لانه منكر للاجل ● ولو قال له علي مائة ودرهم فالكل دراهم لان قوله
ودرهم بيان للمائة عادة لان الدراهم يكثر استعماله ويستثقل تكراره عند كثرة الاستعمال

فاكتفوا بذكره مرة وكذا كل ما يكال او يوزن بان قال له علي مائة وقفيز حنطة فالكل قفزان
● ولو قال له علي مائة وثوب او مائة وثوبان لزمه تفسير المائة لان الثوب لم يكثر استعماله
ولا يكثر بيان المائة فيبقى المائة على ابهامها وان قال له علي مائة وثلاثة اثواب فالكل
ثياب لانه ذكر عددين مبهمين اعني مائة وثلاثة واعقبهما الاثواب تفسيرا
فانصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب لا يصلح مميزا للمائة
لانا نقول لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد ولو قال له علي نصف درهم ودينار
وثوب فعليه نصف كل واحد منها وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه
الجارية لان الكلام كله وقع على شيء بغير عينه او بعينه فينصرف النصف الى
الكل كانه قال له علي نصف هذا ونصف هذا بخلاف ما اذا كان بعضه معينا
وبعضه غير معين بان قال له علي نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه
نصف هذا الدينار ويجب عليه الدرهم كله ولو قال له علي عشرة دراهم و
دانق او قيراط فهو من الفضة لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم
قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين
● ولو اقر بتمر في قوصرة لزماه يعني التمر والقوصرة وفسره الاصل بقوله
غصبت تمرا في قوصرة ووجهه انه اقر بغصب تمر ما لكونه مظروفا ولا يتصور
ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من
للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق او في السفينة
او اقر بخاتم لزمه الحلقة والفص لان الاسم يشملهما او اقر بسيف فالنصل
اي حديدته والجفن اي غمده والحمائل اي علاقته تلزمه لان اسم السيف يطلق
على الكل او اقر بحجلة وهي بيت مزين بالثياب والاسرة فالكسوة والعيدان
لزماه لان الاسم ينطلق على الجملة عادة او اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة
فقط لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد يضمنهما وعلى
هذا الطعام في البيت ولو اقر بثوب في منديل لزماه وكذا بثوب في ثوب لانه ظرف
له وهو ممكن حقيقة فيه والاصل في جنس هذه المسائل ان الظرف ان امكن ان يجعل
ظرفا حقيقة فان امكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان
الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى انه لم ينقل المظروف لا يصدق
لانه اقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول
متصور عنده وان لم يمكن ان يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم
لم يلزمه الثاني لانه لا يصلح ان يكون ظرفا ولو قال غصبت اكافا على حمار يلزمه الاكاف
خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محله
لا يكون مقتضيا غصب المحل ● وان اقر بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابي يوسف

واحد عشر ثوبا عند محمد لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا فكان له
حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كأنه قال عشرة اثواب في ثوب
وان في يوسف وهو قول ابي حنيفة اولا لان العشرة لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع
عادة كالممتنع حقيقة ولان الثوب الملفوف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا فوق ما
وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق ان يكون الكل ظرفا واما جعلنا
اضطرابه وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن لانه يجب الاحتياط لايجاب المال لا مع الاحتمال
لان في قد يكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فلا يجب
بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب منقوض بما اذا قال
غصبت منه كرباسا في عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا
• ولو قال على خمسة في خمسة لزمه خمسة وان نوى الضرب لان الضرب لا يكثر
وانما يكثر الاجزاء يعني ان كل درهم من الخمسة له خمسة اجزاء وبضربها مع لزم عشرة
لان اللفظ يحتمله قال تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي • وفي قوله له علي
من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة وعندهما
عشرة وعند زفر لزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخير حدا والحد
لا يدخل في المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يجوز ان يكون
حدا للموجود ووجوده بوجوبه فدخل الغايتان وله ان الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد
يغاير المحدود ولكن هنا لا بد من ادخال الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق
بدون الاول اذ لا يعقل ثاني بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة في
ادخال الثانية ولو قال له على عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة لزمه الدراهم
وتسعة دنانير وعندهما لزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير • وان قال له من داري ما بين
هذا الجدار الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط لما ذكرنا ان الغاية لا تدخل في المغيا • وصح
الاقرار بالحمل اي بحمل جارية او حمل شاة الرجل ولزمه لان له وجها صحيحا وهو ان وصى
او اوصى به لرجل ومات الموصي ويقر وارثه للموصى له سواء بين سببا صالحا او لا وحمل
هذا الاقرار على الوصية من غيره • وصح الاقرار ايضا للحمل ان بين سببا صالحا
كالارث او الوصية اي بان يقول مات ابوه فورثه او اوصى له به فلان لانه بين
له سببا لو عاينا حكمنا به فكذا اذا ثبت باقراره فان ولدت حيا لاقل من نصف
حول مذ اقر فله ما اقر به لوجوده في البطن حين مات المورث والموصي وان ولدت
حيين فلهما ما اقر نصفان ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر
انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان ولدت ميتا
فالمال المقر به للموصي والمورث اي يرد المال الى ورثة الموصي والمورث لان هذا
الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل وان فسر ببيع او

اقراض اي ان بين سببا غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني او ابهم الاقرار ولم
يبين سببا اصلا فاقر على الحمل فانه كذلك لغا اما الاول فلانه بين مستحيلا لعدم
تصورها من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه واما الثاني فلان
مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له
واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الاخر والعبد في حال رقه • وان اقر
بشرط الخيار بان قال لفلان علي الف درهم قرض او غصب او وديعة او عارية
قائمة او مستهلكة على اني بالخيار ثلاثة ايام لزمه المال الذي اقر به لوجود الصيغة
الملزمة وهي قوله علي ونحوه وبطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله
لان الخبر ان كان صادقا مطابقا للواقع فلا يتغير باختياره وعدم اختياره
وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما اثره في العقود ليتغير
به صفة العقد وتخيره بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه

الاستثناء استفعال من الثني وهو نوعان متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل
وهو ما لا يصح اخراجه • صح استثناء بعض ما اقر به لو متصلا ولزمه باقيه لانه تكلم بالباقي
بعد الثنيا وهذا معناه فكأنه تكلم بالباقي ابتداء ثم اطلاق لفظة البعض من
غير تقيد بشيء دليل على ان استثناء الاكثر جائز وهو المذهب قال الله تعالى حكاية
عن ابليس لاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال تعالى ان عبادي ليس لك
عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين اخرى فايهما
كان الاكثر لزمه ولا فرق بين ان يكون الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى لو قال هذا العبد
لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه صح • وبطل استثناء الكل لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعده
ولم يبق شيء ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى
منه مثل ان يقول له علي عشرة الا عشرة او يقول هؤلاء احرار الا هؤلاء واما اذا كان بغير
لفظه يجوز وان اتى على الكل وذلك مثل ان يقول عبيدي احرار الا هؤلاء او يقول نسائي طوالق
الا هؤلاء او يقول عبيدي احرار الا مباركا وسالما وبزيعا او يقول نسائي طوالق الا زينب
وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق احد
منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شيء من المستثنى منه
اذ اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء
يتبع صحة الكلام لفظا لا حقيقة ما دخل تحته الا ترى انه لو قال لامرأته انت طالق
الفا الا تسعمائة وتسعة وتسعين يصح حتى لا تقع عليها الا واحدة ولو كان
يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما لو قال انت طالق ثلاثا الا الفا وعلى هذا لو قال
علي الا وصية بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء ولا ياخذ الموصى له ثلث ماله
ولو قال الا وصية له بثلث مالي الا الفا وثلث ماله الف لا غير صح الاستثناء في يحتمل

الموصى شيا لما ذكرنا انه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظي فيبتني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعد ذلك اللفظ لانه لا يصلح اخراج بعض ما يتناوله اللفظ ولا للكل بالحاصل بعد الثنيا لم يصح اللفظ ولا الاستثناء • ولو اقر بشيئين واستثنى احدهما او استثنى احدهما وبعض الاخر بطل استثناؤه عند ابي حنيفة خلافا لهما وان استثنى بعض احدهما او بعض كل منهما صح اتفاقا ويصرف الى جنسه وصورته اذا قال له علي كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فهذا باطل عند ابي حنيفة وقالا يصح استثناء القفيز وهو نظير اختلافهم في قوله انت حر وحر ان شاء الله وانت طالق ثلثا وثلثا ان شاء الله فانه يبطل الاستثناء عنده ويقع الطلاق والعتاق وعندهما الاستثناء صحيح لانه كلام متصل لان قوله الا كر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد ولذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصح ولابي حنيفة ان الاستثناء الكر باطل بالاجماع فكان لغوا وكان قاطعا للكلام الاول فيكون استثناء منقطعا وهكذا قوله وثلثا وصار لغوا لعدم الحاجة اليه ولو قال الا قفيز حنطة او الا قفيز شعير لان قوله الا قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فيصح العطف عليه فيؤديه كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير • ولو استثنى كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا من دراهم صح بالقيمة عندهما خلافا لمحمد يعني لو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لكنهما صححاه استحسانا لان المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا اما الدينار فظاهر وكذا غيره من الكيلي والوزني فيبيع باعيانها ثمن باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما ولو وصفا ولم يعينا يكون حكمهما كحكم الدنانير ولهذا يستوي الجيد والردي فيهما وكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء تكلم بالباقي معنى لا صورة • ولو استثنى شيئا اخر من الدراهم شاة او ثوبا او دارا بطل الاستثناء اتفاقا لان كلا منها غير مجانس للمستثنى منه بل لا يدري وصف الثمنية ولو معنى • ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره يعني لو اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لا يلزمه ما اقر به لان موسى عليه السلام قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكن ذلك خلفا في الوعد لان الانبياء عصموا عن الخلف في الوعد ولان الوعد منهم كالعهد من غيرهم ولو كان ذلك خلفا لعوتب عليه ثم الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشية فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع

الطلاق فانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما الاول فالاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والمعلق به غير صحيح بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عند علمائنا وكذا ان علقه بمشية من لا تعرف مشيته كالملائكة والجن لان الاصل براءة الذمم فلا تثبت بالشك وان قال ان شاء فلان فشاء لا يلزمه شي لان مشية فلان لا توجب الملك وكذلك لو قال ان جاء المطر او هبت الريح او كان كذا لما بينا • ولو اقر بدار واستثنى بناءها كانا للمقر له لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء بيان ان المستثنى من متناول اللفظ المستثنى منه مقصودا ولم يعرض عنه فالبناء لا يكون مستثنى بل لان لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شي من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيا منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة • ولو قال بناؤها لي والعرصة له كانا كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء لا يتبعه بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالته اقرار بالبناء لانه كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الدار لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له به لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح ولا اقرار معهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له لا استتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لانه في الاول دعوى

بعد الإقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح ه وفص الخاتم ونخل البستان كبناء
أي نظير البناء في الدار لأنها تدخل فيه تبعا لا لفظا • وإن قال له علي ألف من ثمن عبد
لم أقبضه فإن عينه أي إن عين المقر العبد قيل للمقر له سلم العبد وتسلم الألف وإن لم
وإلا فلا شيء لك لأن هذا ليس تضاد فإن الثابت بالتصادق كالثابت معاينة وهذه المسألة
على وجوه أحدها ما ذكرنا وهو ما إذا صدقه وسلمه إليه وحكمه ما ذكرنا لأن ما ثبت
بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما
بعتك عبدا آخر وسلمته إليك والحكم فيه كالأول لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل
واحد منهما يستحق ما أقر به غير أنهما اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يبالي باختلافهما
والمراد باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم
فقال المقر له هو قرض فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق والثالث أن
يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لما ذكرنا أنه أقر له على صفة
هي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع أن يقول المقر له لم أبعك هذا
العبد وإنما بعتك عبدا آخر فحكمه أن يتحالفا لأنهما اختلفا في المبيع وهو موجب للتحالف
وإن لم يعينه أي إن لم يعين المقر العبد لزمه الألف ولغا قوله لم أقبضه عند أبي حنيفة
وصل أو فصل لأنه رجوع عما أقر به والرجوع عن الإقرار باطل ولو قال له علي ألف
من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف أيضا وصل بيانه هذا أو فصل ولا يصدق
لكونه رجوعا عن الإقرار وهذا عند أبي حنيفة أيضا وعندهما إن وصل البيان
صدق في المسألتين أي في قوله لم أقبضه وفي قوله من ثمن خمر أو خنزير فلا يلزمه
شيء وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له الذي يكون ذلك من ثمن عبد أو خمر
لأنه أقر له بالمال وبين سببه وهو غير صالح لأن ثمن عبد مجهول لا يجب
سواء كانت الجهالة عند العقد أو بعده بالاختلاط بأمثاله لا يفسد
به العقد أو يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر
لا يجب وصدر كلامه يقتضي الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط والمغير
يصح موصولا لا مفصولا ولأبي حنيفة أن صدر كلامه كان للوجوب فإتيانه في آخره
بما ينافي الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان أو مفصولا • ولو قال له علي ألف
من ثمن متاع أو أقرضني ألفا وهي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد
عند أبي حنيفة وقالا يلزمه ما قال إن وصل وإلا فلا لأنه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل
وهذا لأن اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف حقيقة حتى لو تجوز بالزيوف في الصرف
والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة مجازا إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد دون الغالب
يقع بها والأخذ هاهنا يسبق إليها فكان مغيرا لأصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل
كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولأبي حنيفة أن هذه الأشياء

عيب والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواها رجوع عن مقتضى ما أقر به فلا يصح فصار
كما إذا قال بعتك معيبا وقال المشتري لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا وإن قال له علي ألف
من غصب أو وديعة وهي زيوف أو نبهرجة صدق لأن الإنسان يغصب ما يصادف
ويودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيصدق قوله إلا أنه في الزيوف والنبهرجة يصدق
قوله مطلقا موصولا ومفصولا لأنها نوع من الدراهم وفيه يصدق مفصولا ولأن القول قول
إذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا • ولو قال له علي ألف من
غصب أو وديعة وهي ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا لأن الستوق
من جنس الدراهم وإنما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا
• ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب صدق لأن الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة
• ولو قال له علي ألف إلا أنه ينقص مائة صدق إن وصل وإلا لزمه الألف لأنه
استثناء المقدار فكان تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع
النفس أو بسبب دفع السعال فعن أبي يوسف أنه يصح إذا وصله به وعليه الفتوى
• ولو قال أخذت منك ألفا وديعة فهلكت وقال المقر له أخذتها غصبا ضمن لأنه
أقر بسبب الضمان وهو الأخذ لأن أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه السلام
على اليد ما أخذت حتى ترده ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكره
فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر لإقراره بسبب الضمان إلا أن ينكل الخصم
عن اليمين عندهما كما إذا قال له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول قول المقر لأنهما تصادقا
على أن الأخذ حصل بإذنه والأخذ بإذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ
إلا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكره فكان القول
قول المنكر وعلى هذا لو قال المقر أخذته منك وديعة وقال المقر له بل أخذته بيعا
كان القول قول المنكر لما ذكرنا • ولو قال المقر لا بل أخذته أعطيتنيه المال وديعة
فهلكت وقال المالك لا بل غصبته مني لا يضمن المقر لأنه لم يقر بسبب الضمان
بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان
والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر والقول قول المنكر • ولو قال
غصبنا هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد وعليه قيمته لعمرو لأن قوله
من زيد إقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يصح وقوله بل عمرو إقرار منه لعمرو وقد
استهلكه بالإقرار لزيد عليه قيمته لعمرو ولو قال له علي ألف لا بل ألفان لزمه ألفان
استحسانا وفي القياس يلزمه ثلاثة آلاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا أسود لا بل
أبيض لزمه عبد أبيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لا بل مرويا لزماه وكذا لو قال له علي
كر حنطة لا بل كر شعير لزماه ولو قال لفلان علي ألف درهم لا بل لفلان لزمه المالان
ولو قال له علي ألف لا بل خمسمائة لزمه الألف وكذا كل صك إن لم يكن متى تغايرت بين المالين

من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقر له اثنين واذا كان واحد فالجنس
واحد لزمه اكثر المالين لانه لا يلزمه الاستدراك في الغلط والغلط انما يقع غالبا في جنس
واحد الا انه اذا كان لرجلين كان رجوعا عن الاول فلا يقبل ويثبت للثاني باقراره
الثاني واذا كان الاقرار الثاني اكثر صح الاستدراك ويصدقه المقر له وان كان اقل
كان متهما في الاستدراك والمقر له لا يصدقه فلزمه الاكثر ووجه قول زفر انه اقر بالف
فلزمه وقوله لا بل رجوع فلا يصدق فيه ثم اقر بالفين فيلزمه الاقرار وصار كقوله انت طالق
واحدة لا بل ثنتين وجوابه ان الاقرار اخبار يجري فيه الغلط فيجري فيه الاستدراك فيلزمه
الاكثر والطلاق انشاء ولا يملك ابطال ما انشأ فافترقا ٥ ولو قال هذا كان لي وديعة
عند فلان فاخذته وقال الآخر هو لي دفع اليه لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ وهو سبب الضمان
وادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فيجب عليه رد العين ان كان قائما والا فقيمته
وكذا لو قال اقرضت فلانا الف درهم ثم اخذتها منه لما عين على المقر فعلا موجبا للضمان لانه الاخذ
٥ وان قال اجرت فرسي وثوبي هذا فلانا فركبه او لبسه ورده علي او اعرته او اسكنته
داري ثم ردها علي صدق المقر عند ابي حنيفة وعندهما القول للماخوذ منه وهو القياس
ووجهه انه اقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره بلا دعواه عليه فيجب
عليه الرد كما في الوديعة ووجه الاستحسان ان في الاجارة لم توجد اليد له مطلقا بل يد
ضرورة الانتفاع فيما وراء الضرورة في حكم يد المؤجر بخلاف الوديعة ولو قال
خاط ثوبي هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الآخر فعلى هذا الخلاف في الصحيح اي
لو قال الخياط ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فالقول للمقر
ايضا والوجه ما بيناه ٥ ولو قال اقتضيت من فلان الفا كانت لي عليه او اقرضته الفا
ثم اخذتها منه فانكر فلان فالقول له لان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر باقتضاء الدين
فقد اقر بقبض مثله لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال
مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر
ينكر ٥ ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لي
استعنته به فيه وادعى فلان ذلك فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد
فعل منه وقد يكون ذلك في يد ملك المقر فصار كما اذا اقر الخياط بخياطة قميص
بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل
وخياطة ثوبا في يد المقر كذا هنا

باب اقرار المريض

دين صحته وما لزمه في مرضه
بسبب معروف سواء ويقدمان على ما اقر به في مرضه بيانه اذا مرض وعليه ديون ولزمته
دون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة
تزوجها وعاينه واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة
والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين

المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستوائهما في سببهما وهو الاقرار
الصادر عن الاهل المضاف الى محله وهو الذمة القابلة للحقوق فصار كالانشاء
تصرف مبايعة او مناكحة ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير
واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا
منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة
والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة
علاوة في النكاح لانه من الحوائج الاصلية حالا لكونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة
فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست بحاجة اليها فلم تكن من الحوائج الاصلية اجيب
بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال اذ
الحال لا يوقف عليها بخلاف المبايعة بمثل القيمة فانها لا تبطل حق الغرماء لانه
يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية ٥ والكل اي دين الصحة ودين المرض
بسبب فيه معروف ودين المرض الذي علم بغير الاقرار فيه مقدم على الارث لان
قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا
تقدم حاجته في التكفين ٥ ولا يجوز تخصيصه غريما بقضاء دينه لان فيه ابطال
حق الباقين الا اذا قضى ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم
ذلك بالبينة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل الى محل عن ملكه الى محل اصله
فصار كالرد عين ما استقرضه الى المقرض او رد المبيع بعيبه ٥ ولا اقراره لوارثه
الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي يجوز اقراره له بناء على اصله انه لا يحجر
عليه فيما فيه صلاح ذمته لانه من الطرفين حق ثابت عليه وجانب الصدق فيه راجح فصار
فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبعين بيده مستهلكة للوارث وهي معروفة فانه
اود علي رد من الاستشهاد ولنا قول النبي عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين
وقول ابن عمر اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله
وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد ما
تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية له ولانه تعلق حقهم به
لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لوارثه كما لا يمكن بالوصية لهم
وهو القياس في الاقرار للاجنبي الا انا تركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته
حذرا عن توى اموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج عليه حرجا عظيما فلا
يحجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر عليه في حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب
الى الله تعالى فيه ٥ وان اقر لاجنبي صح وان احاط بماله والقياس ان لا يصح الا في الثلث كما في حق الوارث
او ما زاد على الثلث كتبرعاته ولكن ترك القياس بما رويناه من قول ابن عمر رضي ٥ وان اقر لاجنبي

ثم اقر انه ابنه يثبت نسبه ويبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره
وكذا لو اوصى لها ثم تزوجها بطلت ولو وهب لها ثم تزوجها فله الرجوع بيانه ان المقر له
اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمر او غير مستمر واما ان يكون
وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت بحجب او لغيره او بالعكس واما ان يكون سبب الارث
ما يستند الى وقت العلوق اولا واما ان يكون غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث
بينهما فذلك ثمانية اوجه ففيما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا حالة
الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء بحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد
الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان
كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا وقد اقر لها بدين فلها الاقل من
الدين والميراث لقيام تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها وباب
الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها
ولا تهمة في الاقرار للاجنبية وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان بحجب
كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه صح
بنفسه وقد حصل لغير وارثه فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث
لا يصح وقد تبين عود الحاجب ووراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة
قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه
ثبت نسبه وبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل وفيما كان
وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد
مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها
ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما ليس بمستند كما اذا اقر
لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان ان
الاقرار للوارث باطل للتهمة لا للايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت
التهمة والعقد المتجدد قام مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان
التهمة لم تكن متقررة لاحتمال النكاح فلم يصح الاقرار • وان اقر بغلام مجهول
النسب يولد مثله لمثله انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه ولو مريضا
وشارك الورثة لان النسب من الحوائج الاصلية وهو ايضا اقرار على نفسه و
ليس فيه ضرر على غيره قصدا وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له
نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى الاثبات لاستغنائه عنه وشرط ان
يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط ان يصدقه الغلام لان الحق له
فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان مميزا والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن
نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره

شارك الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب • وصح اقرار الرجل
بالوالدين والولد لانه اقرار على نفسه وليس فيه اقرار على الغير وشروطه
ما بينا في الابن والزوجة والمولى لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما
من غير اضرار باحد فينفذ • وشرط تصديق هؤلاء • يعني تصديق المقر له في جميع
ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان
المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له حيث يثبت نسبه بمجرد
الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه • وكذا صح اقرار المرأة بالوالدين
والولد والزوج والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره لا اقرار
بهؤلاء ليس فيه الا الالزام على نفسها فيقبل لكن يشترط في اقرارها بالولد تصديق الزوج ايضا
او شهادة قابلة لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عم
الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد اقر به فلزمه بالاقرار له هذا اذا
كانت ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما
اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما
على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى انه ولده من امرأته
لا يصدق في حقها الا بتصديقها • وصح تصديقهم بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد
موتها يعني اذا اقر بنسب او نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا
اذا اقرت المرأة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما الاول فلان النسب يبقى
بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجة فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها
وهو العدة فانها من اثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حالة الحيوة واما الثاني
وهو ما اذا اقرت بزوج فصدقها بعد موتها فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رح
وعندهما يصح ايضا بعد موتها لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر
فصح تصديقها وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب
من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث
منها كالثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو اقام البينة بعد موتها على
النكاح تقبل ولولا ان النكاح قائم في حق الارث لما قبلت فكذا بتصادقهما لانه حجة فيه
ايضا كالبينة ولابي حنيفة ان النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له اثر واما الارث
فحكمه يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق ما كان قبل الموت واما المستقبل فالنكاح
معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتداء فيكون
التصديق واقعا في شيء هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها
لانه امكن جعل النكاح باقيا ببقاء اثره وهو العدة عليها • ومن اقر على غيره
بنسب غير الولاد كالاخ والعم لا يثبت نسبه منه لانه تحميل على الغير لعدم ولايته عليه فانه

اقرار على الاب او الجد فانه اب وكذا اذا اقر بالجد او بابن الابن فانه لا يصح فان
فيه حمل النسب على الغير فلا يعتبر بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى يلزمه
الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة
عليهما ويرثه ان لم يكن له وارث معروف ولو بعيدا وان كان له وارث معروف
لا يرثه المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف
قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام او بعيدا كمولى الموالاة وان لم يكن له وارث
غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا
لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره
فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية
التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له ان يوصي بجميع ماله
فكذا له ان يجعله لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن
الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية وارث من وجه حتى لو كان اوصى
لغيره باكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام المقر مصرا على اقراره
لانه وارث حقيقة ● ومن مات ابوه فاقر باخ شاركه في الارث ولا يثبت نسبه
وهذا مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير
غير صحيح فلا يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة فاذا قبل اقراره في حق نفسه
يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره
شائعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ
معروف فاقر باخ اخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر نصف ما في يده وعندهما
ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شايع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل
ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الاخر في نصيب
اخيه بطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم
بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت اخذت ثلث
ما في يده وعندهما اخذت خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن وبنت قسم نصيب
المقرين اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامراة انها زوجة ابيه اخذت
ثمن ما في يده ولو اقر بجدة وهي ام الميت اخذت سدس ما في يده فيعاملان في يده كما
يعامل لو ثبت ما اقر به ولو اقر احد الابنين المعروفين بزوجة الميت اخذت
تسع ما في يده لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان
ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فيضرب
هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان
من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره شايع

بسهم واحد من ستة عشر وله سبعة اسهم ● ولو كان لابيهما الميت دين على شخص فاقر
احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقي للاخر ولا شيء للمقر لان الاقرار باستيفاء
الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في
ذمته ثم يتقاصان فاذا كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حصته خاصة فوجب
على الميت نصفه على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه
شيئا كما اذا اقر عليه بدين اخر وكذبه اخوه وليس له ان يشارك اخاه في النصف الاخر
وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم
بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على النصف مما اخذ من اخيه
المكذب لان الوارث لا يأخذ شيئا الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب
ابن ابي ليلى ان المقر يحصل له نصف النصف لانه يصرف الاقرار الى الكل شائعا لانه اقر
على نفسه وعلى اخيه فاقراره في حصته مقبول صحيح وفي حق اخيه لا يقبل فلا يصح ولو اقر
ان اباه قبض كل الدين والمسألة بحالها كان جوابه كالاولى الا انه هنا يحلف المنكر
لحق الدين بالله ما تعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه
بخلاف المسألة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حصته كله حصل له من جهة المقر فلا
حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في هذه الصورة
مائة غير الدين والمسألة بحالها فاقتسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة
وللغريم ان يحلفه فان نكل برئت ذمته وان حلف اخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم رجع
الغريم بذلك على المقر فاخذه منه من نصيبه من التركة لانه لما اقر بقبض ابيه المال
فقد اقر عليه بالدين والدين مقدم على الميراث على الوجه الذي بيناه قبل هذا

كتاب الصلح

هو في اللغة اسم بمعنى المصالحة وهو المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح
وهو ضد الفساد وفي الشرع عقد يرفع النزاع وهو بجميع انواعه حسن لان فيه
اطفاء النائرة بين الناس ودفع المنازعات الموبقات عنهم وهي ضد المصالحة
وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفي ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه
ربما يؤدي الى الانكار لا سيما عند الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي
اذا اقام البينة تكثر العداوة وتهيج الفتن بين المدعى عليه والمدعي والشهود
والقاضي والى هذا اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا الخصوم قال
ابو منصور الماتريدي لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء في بني
ادم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان في منع هذا الصلح فتح
باب المنازعات واثارة النائرة بين الناس واقامة الفتن والمكابرة الا يرى
ان الجاهلي ان قتل واحدا من قبيلة بسبب تهمة عادم وقعت بينهم حتى قتل منهم

ويجري التفاحش في الجواب بينهم الى ان وقع الصلح فانطفات النائرة ولهذا العموم انما
شرع للحاجة والحاجة الى ما يسد باب الشر فكان اولى به • ويجوز الصلح مع اقرار
وسكوت وانكار لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه يتناول هذه الثلاثة
ولقوله عم كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي
لا يجوز الصلح مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع
بالحديث المروي ولان المدعا عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام
ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما رويناه من الحديث وهو قوله عم كل صلح
جائز بين المسلمين وتاويل اخره احل حراما بعينه كالخمر او حرم حلالا بعينه كالصلح على ان
لا يطا الضرة او لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو
حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على
بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان
حراما على المدعا عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما
لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضي بجوازه
لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة
الاخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي ياخذه في زعمه عوضا عن
حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعا عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه
وهذا ايضا مشروع لان المال وقاية للانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر
جائز لا يقال لا نسلم الجواز لقوله عم لعن الله الراشي والمرتشي وهذا عام لانه
محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة ليخرج
الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع •
اما الاول اي الصلح مع اقرار كالبيع في احكامه ان وقع عن مال بمال فتثبت فيه الشفعة
والرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط لان هذه الاشياء من احكام البيع وتفسده جهالة
البدل اي الذي وقع عليه الصلح لا جهالة المصالح عنه لانه بيع فيفسد بالجهالة المانعة
من التسليم والتسلم غير ان المصالح عنه لا يحتاج فيه الى التسليم فلا تضره الجهالة والذي
وقع عليه الصلح يحتاج الى تسليمه فيفسده وهذا اذا كان البدل غير متعذر التسليم يفسده
دون المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة وان استحق بعض
المصالح عنه او كله رجع بكل البدل او بعضه اي رجع المدعا عليه بحصة ذلك من
العوض ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض وان استحق بعض البدل او كله
رجع بكل المصالح عنه او ببعضه لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فايهما استحق
عليه ما اخذه رجع بما دفع ان كلا فالكل وان بعضا فالبعض بحصته لانه
حكم المعاوضة وان وقع الصلح مع اقرار عن مال بمنفعة اعتبر باجارة لان العبرة

للمعاني والاجارة تمليك المنفعة بعوض وهذا الصلح كذلك فيشترط فيه التوقيت
ويبطل بموت احدهما لانه اجارة وهذا حكمها وانما يشترط التوقيت في الاجير الخاص بان
ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وما عداه لا يشترط فيه التوقيت
كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع ولو مات احدهما او
هلك محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح فيرجع بالمدعا ولو كان ذلك بعد استيفاء
بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعا بقدره وهذا كله قول محمد وهو القياس لانه
اجارة وهي تبطل بذلك وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعا عليه بل المدعي يستوفي
المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث
يقوم مقامه فيهما وفي لبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت احدهما
اعادة المنازعة فيصح فيما لا تتفاوت الناس فيه مطلقا لانه على الاستيفاء فيما
لا يتفاوت العاقد واقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب
الدابة ان مات المدعا عليه يبقى لانه كان الاستيفاء مستمرا وان مات المدعي
بطل العقد لاقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد بطل
الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة لانها اجارة وعند ابي يوسف ينظر فان قتله المدعي
او الاجنبي يضمن قيمته ويشتري بقيمته عبدا يخدمه كما اذا قتل العبد الموصى بخدمته
ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فان رضي بالاول لا يكون رضي
بالثاني وان قتله المدعا عليه بطل بالاجماع دون المولى لا يضمن عن نفسه فصار كما
اذا مات حتف انفه او اعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف
والعتق لانه فوت الاستيفاء الخاص لحق المرتهن بالقبض • والاخيران اي الصلح
مع سكوت او انكار معاوضة في حق المدعي لانه اخذه عوضا عن حقه في زعمه وفداء اليمين
وقطع المنازعة في حق الاخر لولاه لبقي النزاع ولزم اليمين وهذا في الانكار ظاهر
واما في السكوت فانه يحتمل الاقرار والانكار فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان
حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل فلا شفعة في دار صولح
عنها مع احدهما يعني اذا ادعى رجل على اخر دارا فسكت الاخر او انكر فصالحه عنها على
شيء لم تجب الشفعة لانه يزعم انه يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح
ويدفع خصومة المدعي عن نفسه لا انه يشتريها وزعم المدعي لا يلزمه وتجب الشفعة
في دار صولح عليها اي على الدار بان تكون بدلا يعني اذا ادعى رجل على اخر شيئا فسكت
الاخر او انكر فصالحه عنه على دار وجد فعها الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي
يدعي انه ياخذها عوضا عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فيجب فيها الشفعة لان كل
يؤاخذ بزعمه حتى لو ادعى عليه دارا فصالحه عنها على دار اخرى وجبت الشفعة في التي صولح
عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الاخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها الا يرى

ان رجلا لو قال انا اشتريت هذه الدار من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لان زعمه حجة في حق نفسه ● وما استحق من المدعى بعضا او كلا في صورة الصلح مع سكوت او انكار رد المدعي حصته من البدل ورجع بالخصومة فيه يعني لو ادعى رجل على شخص شيئا فانكر ثم صالحه على شيء ثم استحق المدعى كله او بعضه رد المدعي العوض الذي اخذه كله او بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لانه اخذه على زعمه عوضا عما ادعى فاذا استحق لكه يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه كانه اشتراه منه ولان المدعى عليه لم يدفع العوض اليه الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعى في يده من غير خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده ● وما استحق من البدل اي الذي وقع عليه الصلح يرد المدعي بعضا او كلا رجع المدعي الى دعواه في قدره في كله ان استحق كل العوض او في بعضه ان استحق البعض لان المدعي ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع الى الدعوى وهلاك البدل اي بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين اي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت فاذا كان كاستحقاقه يبطل الصلح ان هلك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هنا وهذا في فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر وكذا في الانكار والسكوت لانه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بها عند الاشارة اليها وانما يتعلق بمثلها في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك ● ولو صالح على بعض دار يدعيها لا يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لا يسمع وقيد بقوله على بعض دار يدعيها لان الصلح اذا وقع على ثوب معلوم مع دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة ● وحيلته اي حيلة تصحيح الصلح اذا كان على بعض دار يدعيها احد امرين اما ان يزيد في البدل شيئا ولو درهما فيصير عوضا عن حقه فيما بقي او يبرئ عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لصحة البراءة عن الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل **فصل** فيما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز ● يجوز الصلح عن مجهول لانه اسقاط فلا يفضي فيه الى منازعة ولا يجوز الا على معلوم بلا اشارة او بيان القدر والوصف اذا كان في الذمة هذا اذا كان

بدل الصلح محتاجا الى القبض لانه حينئذ يفضي الى المنازعة اذا كان مجهولا اما اذا لم يكن محتاجا الى القبض كمن ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه حقا في حانوته فتصالحا على ان يترك كل منهما دعواه عن صاحبه صح وان لم يكن مقدار حق كل منهما معلوما ● فيجوز الصلح عن دعوى المال لانه في معنى البيع فيصح ان وقع عنه بمال عن اقرار وفي حق المدعي وحده ان وقع عن انكار او سكوت وفي حق الاخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة او في معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكان كل ذلك جائزا على ما بينا ● والمنفعة اي يجوز الصلح ايضا عن دعوى المنفعة وتكون بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال او بمنافع لان المنافع يجوز اخذ العوض عنها بعقد الاجارة وكذا بعقد الصلح الا يرى ان الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال او منفعة جاز فهذا اولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس بان يصالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح الا عند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح ● ويجوز الصلح ايضا عن دعوى الجناية في النفس وما دونها عمدا او خطأ سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت اما العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الاية في الصلح عن دم العمد ومعناها من بذل له بدل اخيه المقتول بمال ولكن لا يكون الا بالصلح واما الخطأ في النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدار الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي وكذا يجوز على الاقل من قدر الدية وان كان اقل من عشرة دراهم لانه لا تقوم له في المال وانما يجب بالعقد فيتقدر بتسميتهما ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيفما كان الا انه يشترط القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية بجنس منها فاصطلحا فصالح على جنس اخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية كجنس اخر فامكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي ان يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما ايضا ان يصطلحا عليها لما يلزم من الربا ولو صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون واما ما دون النفس فمعتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطأ فيها ثم لا يختلف هذا الحكم في هذه الاشياء بين ان يكون عن اقرار او انكار او سكوت لما ذكرنا من المعنى وانما يختلف فيها السبب من معاوضة او فداء يمين ● ويجوز الصلح ايضا عن دعوى الرق وكان عتقا بمال في حق المدعي لا في حق الاخر

لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز ولهذا يصح على حيوان في
الذمة الى اجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدعى فان الحيوان يثبت في الذمة في معاوضة
المال بغير المال كالنكاح والخلع ولا ولاء عليه لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود
رقيقا وكذا في كل موضع اقام بينة بعد الصلح والمدعى كاذب فيه لا يحل له فيما بينه
وبين الله تعالى اخذ العوض عنه ونظيره المفرقة ان كان يعرف ان المقر كاذب لا يحل له
الا ان يسلم اليه بطيب نفسه فيكون حينئذ هبة مبتداة فيطيب له ويجوز الصلح
ايضا عن دعوى الزوج النكاح والمراة تنكر لانه امكن اعتبار الصحة فيه بان يجعل في
حقه خلعا لانه اخذ المال عن ترك البضع وكان هذا خلعا وفي حقها افتداء اليمين
وقطع الخصومة فكان صحيحا ويحرم عليه ما اخذه ديانة ان كان مبطلا في دعواه
وان اقام الرجل على التزويج بينة بعد الصلح لا تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه
ولا فائدة في اقامتها وكذا ان ادعت امراة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها
اختلف نسخ القدوري في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول
ولو صالحها بمال لتقربه بالنكاح جاز ويجعل زيادة في المهر لانها تزعم انه
وجب نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد في مهرها ولا يجوز ان ادعت
المراة وقيل يجوز يعني لو ادعت امراة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها
اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها لا يجوز وفي بعضها يجوز وجه الجواز
ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه عدم الجواز
وهو الاصح انه انما اعطاها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة
فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها واذا لم يجعل فرقة فالحال
على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم تتوجه كانت دعوى على حالها
لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة ولا يجوز
الصلح عن دعوى الحد بان دفع الزاني او شارب الخمر او القاذف مالا فصالحه
هو الرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله ان يرجع بما دفع لان الحد حق الله
تعالى ولا اعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام
وهذا اذا ادعت امراة على رجل صبيا انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع
المراة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح عن النسب
على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه وان اشرع
الرجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا
يجوز ان ينفرد واحد منهم بتركه وقد نسبه الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت
على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهله
فظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل

رضي الساقين اما لو صالح صاحب الظلة الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان فيه
مصلحة للمسلمين و يضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز
• وان قتل عبد ماذون له رجلا عمدا وصالح عن نفسه لا يجوز سواء كان عليه دين او لا
بخلاف ما لو صالحه عن نفس عبد له قتل رجلا عمدا حيث يجوز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته
ليست داخلة في كسبه وهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فلا يجوز ان يستخلص رقبته
بمال المولى واما عبده فمن كسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا •
وان صالح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته جاز وقالا يبطل الفضل ان كان مما
لا يتغابن فيه يعني من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين
جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز اذا كان بغبن فاحش لان حقه في القيمة فالزائد
عليه ربوا وله ان حقه في الهالك باق ما لم يحكم القاضي بالضمان حتى لو ترك التضمين بقي
العبد الهالك في ملكه حتى يكون الكفن عليه فالاعتياض باكثر من قيمته لا يكون ربوا الا ان
على الثانية يكون في مقابلة الصورة الباقية كان القيمة حتى لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالح
على اكثر لم يجز لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وان صالح عنه بعرض صح مطلقا
اي سواء كان قيمة اكثر من قيمة مغصوب تلف اولا لعدم الربوا • وان اعتق موسر عبدا
مشتركا بينه وبين رجل وصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته بطل الفضل اتفاقا لان القيمة
في العتق منصوص عليه كما عرف بابه وتقدير الشرع ليس ادنى من تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة
عليه وان صالح عن باقيه بعرض صح وان كان قيمته اكثر من قيمة نصف العبد لان الفضل
لا يظهر عند اختلاف الجنس • ويجوز صلح المدعى عما يرفعه الى المنكر ليقوله صورته
ادعى رجل على رجل عينا في يده فانكره فصالحه على مال يعترف له بالعين فانه يجوز ويكون
في حكم البيع ويملك المدعى كالزيادة في الثمن • ويبطل الصلح عن دم عمد او على بعض
دين من عليه يلزم الموكل ان الوكيل الا ان يضمنه ويبرأ ما هو كبيع يلزم الوكيل يعني اذا كان
الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل
فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا
بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فكان
المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل • وان صالح فضولي وضمن البدل او اضاف الى ماله
بان قال على الفي هذه او سلم العوض او نقد بلا اضافة الى نفسه بان قال على هذا العبد
او على هذه الالف او اطلق بان قال على الف وسلم صح الصلح في هذه الصور وكان المصالح
متبرعا لانه فعله بلا اذن المدعى عليه وان اطلق ولم يسلم البدل توقف اي صار الصلح
موقوفا على الاجازة فان اجازه المدعى عليه جاز الصلح ولزمه البدل وان ابى ان لم يجزه
بطل الصلح هذه صور خمس لان الفضولي اما ان يضمن المال او لا فان لم يضمن فاما ان
يشير الى نقد او عرض او لا فان لم يشر فاما ان يسلم العوض او لا فالصلح جائز في الوجوه

ولعلها الى الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى ماله ولم يشر اليه ولم يسلمه الى المدعي حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة او لم يسلم الى المدعي عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل بخلاف سائر الوجوه فانها جائزة اما الاول فلان الحاصل للمدعى عليه البراءة في حقها الاجنبي والمدعى عليه فيه سواء ويجوز ان يكون الفضولي اصيلا اذا ضمن كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل واما الثاني فلانه اذا اضافه الى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واما الثالث فلانه اذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله فلو استحق هذا العبد او وجد به عيبا فرده او وجد حرا او مدبرا او مكاتبا فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع في دعواه لان المصالح لم يضمن واما الرابع فلان دلالة التسليم رضى المدعي فوق دلالة الضمان والاضافة الى نفسه على رضاه والخامس لما لم يكن لا يخلو عن الوجوه لم يفد صحة الصلح

باب الصلح في الدين

الصلح عما استحق بعقد المداينة على بعض جنسه اخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لا معاوضة لان تصرف العاقل البالغ يصحح ما امكن ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربوا فلو صالح عن الف حالة على مائة حالة او على الف مؤجلة صح لانه يجعل مستوفيا لبعض حقه ومسقطا للباقي في الاولى وفي الثانية يجعل كانه اجل نفس الحق تحريا للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه عن الالف على خمسمائة مؤجلة جاز كانه ابرأه عن النصف واخر النصف وكذا لو صالح عن الف جياد على مائة زيوف حالة او مؤجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة ومستوفيا لبعض حقه او مؤخرا لان من استحق الجياد يستحق الزيوف وهذا لا يجوز في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادلة براس مال السلم وبدل الصرف لا يجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له الف زيوف فصالحه على مائة جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة صورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديها سواء على ما عرف في موضعه وكذا لو كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه اخذ عين حقه فيكون مبادلة بالمؤجلة فلا يجوز الا مثلا بمثل • ولا يصح الصلح عن دراهم على دنانير مؤجلة لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على اخذ حقه فحمل على المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز او عن الف مؤجل على نصفه حالا لا يصح ايضا لان المعجل غير مستحق بعقد المداينة لان المستحق به هو المؤجل والمعجل خير منه فقد وقع الصلح على ما لم يستحق بعقد المداينة فصار معاوضة والاجل كان حق المديون وقد تركه بازاء ما حط عنه من الدين فكان اعتياضا عن الاجل

وهو حرام لان ربوا النسيئة حرم بشبهة مبادلة المال بالاجل فلان يحرم حقيقة اولى او عن الف سود على نصفه بيضا لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة لان من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة فكانت معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربوا • ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح لانه يعتبر حط الدنانير كلها وبعض الدراهم وتاجيل البعض لا معاوضة لان معنى الاسقاط لازم في الصلح فاذا امكن ان يجعل حطا واسقاطا لم يعتبر معاوضة • وان قال من له على اخر الف اد غدا نصفه على انك بريء من باقيه ففعل بريء وان لم يفعل لا يبرأ عندهما خلافا لابي يوسف حيث يبرأ عنده وان لم يؤد ولا يعود اليه الخمسمائة الساقطة ابدا لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه فيه اذا كان عليه حالا فبطل التعليق وصار ابراء مطلقا وهذا لانه جعل اداء الخمسمائة عوضا لان كلمة على للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للابراء عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئا فصار وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا ولهما ان كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة تصحيحا للتصرف فاذا كان للشرط جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به كما في الحوالة فان المحتال يبرأ بقيد على صفة وهو سلامة العوض له من المحال عليه فصار كالابراء عن البعض بشرط ان يعطيه كفيلا بالباقي او رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لان للناس غرضا فيه حذارا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه • وان قال صالحتك على نصفه على ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لا يبرأ اذا لم يدفع اجماعا لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل • وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطيني نصفه غدا بريء من نصفه اعطى او لم يعط لانه اطلق الابراء واداء النصف غدا لا يصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك وكذا لو قال اد الي نصفه على انك بريء من باقيه ولم يوقت للاداء وقتا حيث يبرأ مطلقا لانه ابراء مطلق اذ لم يوقت له وقتا وليس فيه غرض صحيح لان الاداء واجب عليه في مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما استفيد بالعقد والاداء واجب قبله قلنا ولو قال ان اديت الي نصفه فانت بريء او اذا اديت او متى اديت لا يصح الابراء وان ادى لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق والشرط لما فيها من معنى التمليك لانه يملكه ما في ذمته ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق والعتاق لانه اسقاط محض فيجوز تعليقه بالشرط • ومن قال لاخر سرا لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز التاخير والحط لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه اقصى ما في الباب انه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه

كبيع مالية بالطعام عند الحنفية والى على ما قاله بشر الزهد الحال بلا تاخير وحط

فصل له صالح احد ربي الدين عن نصفه على ثوب فلشريكه ان يتبع المديون
بنصفه او ياخذ نصف الثوب من شريكه الا ان يضمن له المصالح ربع الدين لان احد
الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذ لا يجوز قسمته قبل القبض والمقبوض عين من
الدين فقضيته ان يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشراء
لانه اخذ عوضه لكن الصلح مبني على الحط فلو الزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لانه
قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين فاثبتنا له الخيار بين ان يرجع على المديون بنصيبه
وبين ان ياخذ نصف ما وقع عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان
بخلاف فصل الشراء او الاقتضاء لنفس الدين لان الشراء مبني على المماكسة فالظاهر انه
استوفى قدر حقه بالاكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد
قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لان قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه وصف في
الذمة فياخذ حصته منه اذ لا ضرر عليه فجعلنا ما في المقبوض كانه عين حقه وان كان
غيره حقيقة وهذا يملكه القابض وانما يملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين غير
الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه
حصته كما ذكرنا ولو اراد القابض ان يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض
فالحيلة فيه ان يهب الغريم قدر دينه وهو يبريه عن دينه او يبيع الطالب
كفا من زبيب ونحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبريه عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب
وان قبض احد الشريكين شيئا من الدين شاركه شريكه فيه واتبعا الغريم بما بقي
لان قسمة الدين لا يتصور والمقبوض يرد عنه فله ان يشاركه فيه ان شاء
لكونه عين حقه موجودا حتى كان لشريكه ان ياخذ منه اذا ظفر به بعينه لا الغريم
ويجبر الغريم على القضاء ولا اجبار على المبادلة فاذا كان عين حقه موجودا
كان له ان يشاركه فيه وان اشترى بنصيبه شيئا ضمنه شريكه ربع الدين ان شاء
لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة
او اتبع الغريم ان شاء وانما لم يجعل مشاركا في الشيء المشترى كما جعل في الشيء المصالح
عليه لان الشراء مبادلة من كل وجه وليس باستيفاء بخلاف الصلح على ما بيناه ومن
ابرأ عن نصيبه او قاص الغريم بدين سابق لا يضمن لشريكه لان الابراء اتلاف لا قبض و
كذا ان وقعت المقاصة بدينه السابق صورته لزيد على عمرو خمسون درهما فباع عمرو
وبكر عبدا مشتركا بينهما من زيد بمائة درهم حتى وجب لكل منهما على زيد خمسون درهما
ووقعت المقاصة بين الخمسين التي وجب لعمرو على زيد وبين الخمسين التي كانت لزيد على
عمرو فليس لبكر ان يقول لعمرو انك قبضت الخمسين التي وجبت لك على زيد حيث وقعت
المقاصة بينهما وبين الخمسين التي كانت لزيد عليك فاد الي نصفها لان عمرو قاض دينه

بالمقاصة وان ابرأ عن البعض قسم الباقي على سهامه اي لو ابرأ عن بعض حصته كان قسمة
الباقي على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرة
دراهم فابرأ احد الشريكين عن نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة
وان اجل نصيبه لا يصح عندهما خلافا لابي يوسف هو يعتبر التاجيل الكائن ابراء موقتا
بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض به لامتياز احد النصيبين عن الاخر
باتصاف احدهما بالحلول والاخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي
ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وبطل صلح احد ربي سلم عن نصيبه على ما دفع
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ايضا يعني اذا اسلم رجلان الى اخر في طعام ثم صالح احدهما
مع المسلم اليه ان ياخذ منه ما دفعه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد الا باجازة الاخر فان اجاز
يكون المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشترك بينهما ايضا وان لم يجز
فالصلح باطل وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون
عن نصيبه على بدل جاز فكان الاخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون
بنصيبه كذلك ههنا ولهما انه لو جاز فاما ان يجوز في نصيبه خاصة او في النصف من
النصيبين فعلى الاول يلزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر
الا بالتمييز ولا تميز الا بالقسمة وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لانه فسخ على شريكه
عقده فيتوقف الى رضاه • فصل في التخارج وان اخرج الورثة احدهم
عن عرض او عقار بمال او اخرجوه عن احد النقدين بالاخر اي عن ذهب بفضة او
عن فضة بذهب او عنهما بهما اي اخرجوه عن النقدين ان كان في التركة
دراهم ودنانير صح صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع قل البدل او كثر لانه يحمل
على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الابراء اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابراء عن
العين وبيع العقار والعرض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا
لاختلاف الجنس وفيه اثر وهو ان تماضر امراة عبد الرحمن بن عوف صالحوها عن ربع ثمنها
على ثمانين الف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين الفا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وروي
ان ذلك كان نصف حقها وروي عن ابن عباس انه قال تخارج اهل الميراث اي يخرج بعضهم بعضا
بطريق الصلح ولا يشترط ان يكون اعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم ويبيع ما
لم يعلم قدره فيه جائز لكن لو تعيب شيء فباعه المولى من الغير جاز وان لم يعرف قدره في
لو اخرجوه عن نقدين وغيرهما باحد النقدين لا يصح الا ان يكون المعطى اكثر من نصيبه
من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل
على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه
وان اخرجوه بعرض في الصور كلها جاز مطلقا اي قل ذلك او كثر قبض في المجلس او لم
يقبض لعدم الربا وان كان في التركة دين على الناس فاخرجوه ليكون الدين لهم بطل الصلح

لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل فيه ثم
تعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين او لم يبين فان شرطوا
براءة الغرماء من نصيبه من الدين صح لانه اسقاط او تمليك للدين ممن عليه وكل
ذلك جائز وهذه حيلة الجواز وحيلة اخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي
الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا
عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وهذا في الوجهين ظاهر
لانهم اذا اعطوا المصالح شيئا بمقابلة الدين او قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد
حصل لهم ضرر دنيوي وليس في الصورة الثالثة مثل ذلك من الضرر لانهم وان
خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى الضرر عنهم الا ضرر
التقديم فان العين خير من الدين واوجه منه ان يبيعوا كفا من تمر او نحوه بقدر
الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع شيء يقرضون له ثم ياخذونه
لانفسهم وكذا ان قضوا حصته منه تبرعا او اقرضوه قدرها واحالهم به على
الغرماء وصالحوه عن غيره صح على ما بيناه قبل ٥ وفي صحة الصلح عن تركة هي
اعيان غير معلومة على مكيل او موزون اختلاف يعني اذا لم يكن في التركة دين واعيانها
غير معلومة واريد الصلح على مكيل او موزون قيل لا يصح لاحتمال ان يكون في التركة
مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا وقيل يصح لاحتمال ان
لا يكون في التركة مكيل او موزون فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان
القول بعدم الجواز مؤديا الى الاعتبار شبهة الشبهة ولا عبرة بها والاصح الجواز لانها
انما اي الاعيان غير المكيل والموزون اذا كانت كلها في يد البقية من الورثة لانه
لا يفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ٥ وبطل الصلح
والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق لان الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة
لان الدين المستغرق يمنع دخول التركة في ملك الورثة لان حاجته مقدمة على الورثة
وان كان الدين غير مستغرق بالتركة فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه ولو فعلوا قالوا
يجوز استحسانا والقسمة لا تجوز قياسا الا استحسانا وهو قول الكرخي وقيل القياس ان توقف
الكل لان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون
جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة والاستحسان ان توقف قدر الدين
ويقسم الباقي لان الانسان لا يخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق منه تملك الورثة
ادى الى الحرج او الى ان لا يملكوا اصلا فقلنا انهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا انهم
يوقفون من التركة قدر الدين ويتركونه حتى يقضى به الدين كيلا يحتاجوا الى نقض القسمة

كتاب المضاربة

هي مشتقة من الضرب في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا

للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الشرع شركة في
الربح بمال من جانب وعمل من جانب يعني المضاربة عقد شركة بمال من احد الشريكين
وعمل من الآخر والمراد بالشركة الشركة في الربح حتى لو شرط فيه الربح لاحدهما لا
يكون مضاربة واهل الحجاز يسمون هذا النوع مقارضة وهو مشتق من القرض لان
صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة
لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية وهي مشروعة لشدة الحاجة اليها من الجانبين
فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم من هو بالعكس
فشرعت لينتظم مصالحهم فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها
فقررهم عليها وتعاملتها الصحابة رضي الله عنهم روي ان عباس بن عبد المطلب رض
كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري
ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عم فاستحسنه فصارت مشروعة
بالسنة والاجماع وشرطها ان يكون رأس المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما
شائعا ونصيب كل منهما معلوما وان يكون معينا مسلما اليه فان فقد شيء من هذه
الاشياء فسدت وركنها الايجاب والقبول دفعت اليك هذا المال مضاربة او معاملة
او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى بيننا نصفان او نحو ذلك من الالفاظ التي
تثبت بها المضاربة وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وكل نوع منها
عامة وخاصة على ما يجيء كل منها مفصلا ٥ والمضارب امين لانه قبضه باذن
مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه
بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة فاذا تصرف فوكيل لانه متصرف في مال مالكه
بامره فان ربح فشريك لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة
من ضرورة صحتها وان خالف فغاصب لتعديه على مال غيره لان صاحبه لم يرض
ان يكون في يده الا على الوجه الذي امره فيه فاذا خالفه فقد تعدى فصار غاصبا
فضمن وان شرط كل الربح له فمستقرض لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار رأس
المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرط ان يكون
جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى وقضيته ان لا يرد رأس المال لان
التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيره لكن لفظة المضاربة يقتضي رد رأس المال
فجعل قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما وان شرط كل الربح لرب المال فمستبضع
لان المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا
متبرعا وهو معنى البضاعة وكانه نص عليها وان فسدت فاجير فله اجر مثله وهو
بدل عمله كالاجارة الفاسدة ربح او لم يربح لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة وكذا
عمله غير داخل في المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل [illegible]

حيث لا يستحق اجرة لانه ثبت له استحقاقه الربح بالمال لا بالعمل ولا يزاد على ما شرط له عند ابي يوسف خلافا لمحمد على النحو الذي ذكرنا في الشركة ولا يضمن المال فيها اي في المضاربة الفاسدة ايضا اي كما في الصحيحة ۝ ولا تصح المضاربة الا بمال تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير عندهما والفلوس النافقة عند محمد لما قد بيناه في الشركة وقال ابن ابي ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يسترد عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة ويمكن تقدير رأس المال بالقيمة ولهذا تبقى المضاربة عليها حكما فيجوز الابتداء بها ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه لانها امانة في يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد الشراء فاذا باعها شركه في الربح فحصل ربح ما لم يضمن لان المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل في ضمانه شيء بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض لانها انها يتعين بالتعيين فاول تصرف يكون فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر بعد بدون الشراء فيكون هذا استيجارا على البيع باجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض وان دفع رب المال اليه عرضا وقال بعه واعمل في ثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العرض اولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف ان الاضافة الى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط الا يرى ان الاضافة سبب للحال دون التعليق ولو دفع اليه العرض على ان قيمته الف درهم مثلا ويكون ذلك رأس المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها فلا تصلح رأس المال او قال اقبض مالي على فلان واعمل فيه مضاربة جاز ايضا لان هذا توكيل بالقبض واضافة للمضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تصح المضاربة لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع او المبيع عند ابي حنيفة فبطل التوكيل حتى لو اشترى كان للمامور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا يتصور المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للامر لكن المشترى عروض فلهذا لا تصح المضاربة بها على ما بينا ۝ وشرط تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما اخذه مقابل العمل والمال

على العمل فيجب تسليمه كما في الاجارة الحقيقية ولان المال امانة في يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة عاقدا كان المالك او غير عاقد كالصغير اذا عقد في ماله وليه لان يده على ماله بجهة الملك كالكبير فبقاء يده يمنع كونه مسلما الى المضارب وكذا اذا شرط اذا دفع المال مضاربة في عقدها الوصي او شرط ان يعمل شريكه مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكا وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان العاقد ليس باهل المضاربة في ذلك المال نفسه كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان التصرف فيه اليه والنيابة له في هذا المال فيده يد نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز ان يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لانهما لو اخذا ماله مضاربة ليعملا بانفسهما بالنصف صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل ما يجوز ان يكون فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فشرط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحقق وان دفع العبد الماذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب ينظر فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما في يده فلم يكن من اهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة عند ابي حنيفة لانه لا ملك للمولى فيه فصار كالاجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقا لانه لا يملك ما في يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين او لم يكن ۝ وشرط كون الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق به فيفسد ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا لانه يؤدي الى قطع الشركة على تقدير ان لا يزيد الربح عليها ويلزم للعامل اجر مثله ولا يجاوز عن المشروط وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نماء ملكه ويجب الاجر للمضارب وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل كما في الاجير الوحد وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب كما لا يجب في الصحيحة مع انها فوقها في استحقاق المسمى فيها والمال في المضاربة الفاسدة امانة غير مضمونة بالهلاك كما في الصحيحة لان الفاسد من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها ولانه عين في يد اجيره ولو تلف بعد العمل فله اجر المثل وقيل هذا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز عنه وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه لان هذا العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له ان يأخذ بهذا الطريق ما شاء من المال والفرق بينهما على الظاهر ان هذه مضاربة لفظا واجارة معنى

من حيث انه طلب لعمله اجرة فعملنا فى اللفظ بانتفاء الضمان وبالمعنى فى حق وجوب اجر مثله • وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها لما مر لذلك نصف الربح او ثلثه او ربعه او شرط ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العامل فيجب حصته ويسقط ما اصاب منفعة الدار وما لا يوجب جهالة الربح من الشروط الفاسدة فلا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب لانه جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح والجهالة فيه فلا تفسد المضاربة ويبطل الشرط • وللمضارب فى مطلقها اى فيما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات ويوكل بهما اى بالبيع والشراء ويسافر ويبضع اى ان يدفع المال بضاعة ويودع ويرهن ويرتهن ويؤجر ويستأجر ويحتال بالثمن على الايسر وغيره لان كل ذلك من صنيع التجار وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وعن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه فى غربة كان له ان يسافر به الى بلده لان الظاهر ان صاحبه رضي به اذ الانسان لا يقيم ببلاد الغربة دائما الغالب واعطاه المال مضاربة فى هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر ان المضاربة مشتقة من الضرب على ما بيناه من قبل فيملكه عند اطلاق العقد ان اللفظ دال عليه ولا نسلم انه تعريض للهلاك لان الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم • ولو دفع رب المال وقت العقد او بعده الى المضارب ...

فى مال المضاربة حال فالازم • وليس له ان يضارب الا باذن رب المال او بقوله اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله اذ لا يتضمن الشيء الا ما هو دونه او التفويض المطلق اليه كالوكيل علته التوكيل عادة المستعير والمكاتب لا يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام فى التصرف نيابة وهما يتصرفان على المالكية لا النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التصريح به او التفويض العام اليه ولا ان يقرض او يستدين بان يشتري باكثر من مال المضاربة او يهب او يتصدق او يتخلص لان المراد من قوله اعمل برأيك التعميم فيما هو من عادة التجار وهذه الافعال ليست من عادتهم • فان شرى بما لها اى بمال المضاربة بزا وقصره او حمله بماله لا بمال المضارية فهو متبرع لانه استدان فى حق المالك بلا اذنه وان قال له اعمل برأيك • وله اى للمضارب الخلط بماله مال المضاربة والصبغ ان قيل له ذلك اى اعمل برأيك فلا يضمنه اى بالصبغ لان صبغه احمر ونحوه مما يزيد لونه سوى الاسود لان السواد نقصان فلا يدخل تحت قوله اعمل برأيك ويصير شريكا فى الثوب المصبوغ بما زاد الصبغ وحصته له او حصة الصبغ من الثوب للمضارب اذا بيع الثوب

وحصة الثوب غير مصبوغ فى مال المضاربة • وان قيدت المضاربة ببلد او سلعة او وقت او معامل معين فليس له ان يتجاوز عما فى الشركة لان المضارب لا يملك التصرف الا بما فوض اليه المالك فيتقيد بتقييده لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص فان تجاوز بان اخرج الى غير ذلك البلد او اشترى سلعة غير ما عينه او فى وقت غير ما عينه او بايع من غير ما عينه ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا وكان ذلك المشترى له لانه بالتجاوز بطلت المضاربة والوكالة وعليه خسرانه لانه تصرف فى مال غيره بغير امره وان لم يتصرف فيه حتى رده الى البلد الذي عينه برئ من الضمان لانه امين خالفه ثم عاد الى الوفاق ورجع المال مضاربة على حاله لان المال باق فى يده بالعقد السابق وكذا لو رد البعض كون المردود مضاربة فان قال له عامل اهل الكوفة او الصيارفة فعامل فى الكوفة غير اهلها او مع غير الصيارفة لا يكون مخالفا لان فائدة الاول التقييد بالمكان وهو الكوفة وفائدة الثاني ما اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره لان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف فى ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها وبالامر بالمعاملة فى الصرف يختص بجنسه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وكذا لو قال اشتر فى سوقها فاشترى فى غيره لا يكون مخالفا لان المصر الواحد فلا يتفاوت جوانبه واسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد بخلاف قوله لا تشتر فى غير السوق فحينئذ يتقيد به لان المالك وولاية التصرف فيه له فقد صرح بالنهي عن الاشتراء فى غيره ولعله لذلك يفيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكما • وان قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة او خذه مضاربة فاعمل به فيها او خذه مضاربة بالنصف فيها فهو تقييد لان قوله تعمل تفسير لقوله خذ هذا المال والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه فى معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم به وتعقبه كان تفسيرا له وكذا قوله بالنصف فيها لان الباء للالصاق فيقتضي ان يكون العمل فيها بخلاف قوله خذه واعمل به فيها حيث لا يتقيد به حتى لا يتضمن فى العمل فى غيرها لان الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد يكون للابتداء اذا كان بعدها جملة فيكون مشورة لا شرطا فى الاول وفى الكافي ما يفيد التقييد من الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل بالكوفة او لتعمل به او تعمل بالكوفة مجزوما او مرفوعا او فاعمل به فى الكوفة او قال دفعته مضاربة بالنصف بالكوفة او قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما فى اللفظين الاخيرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة

فكان له ان يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري به
الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال لتشتري به الطعام او قال خذه مضاربة
بالنصف في الطعام فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد به ولو قال على ان تشتري
من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له ان يشتري ويبيع من غيره لان هذا التقييد
مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء ولو قال على ان تشتري به من اهل
الكوفة او من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان المقصود من مثل هذا التقييد عادة التقييد بالمكان او بالنوع فيتقيد
بالمكان والنوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة في الاول ويبيع شيئا من اهلها
ومن غير اهلها ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة
وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد باهل الكوفة
والصيارفة لان كل واحد منهم جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح
ولا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما
يرى هو فيعتبر وكذا لو وقت للمضاربة وقتا يتقيد به بخلافه لانه توكيل فيتقيد به
كما يتقيد بالنوع والمكان • وللمضارب ان يبيع نسيئة ما لم يكن اجلا لا يبيع اليه التجار
مثل ان يبيع الى عشر سنين لا يجوز اذ لا يوجد حينئذ من صنيع التجار وان باع بنقد ثم
اخر صح اجماعا اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم
ولايته لكونه شريكا في الربح الا ان الوكيل يضمن والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل
العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة
ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد
ما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف فلان المضارب يملك الاقالة
والبيع نسيئة كالاقالة وان كان الوكيل لا يملك ذلك • وله ان ياذن لعبد
المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الابضاع وعن محمد انه ليس له ذلك لان المضاربة فكان
المضارب نصيبه شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا • وليس له ان يزوج عبدا
او امة من مالها عندهما وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من الاكتساب لانه يحصل
المهر والسقوط النفقة بخلاف تزويج العبد فان فيه اشتغال رقبته بالدين والنفقة
بيعه به ولهما انه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق لان لفظ المضاربة يدل
على تحصيل المال بطريق التجارة لا باي طريق كان • ولا ان يشتري به من يعتق على رب المال
بقرابة او بسبب يمين لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء
وفي التصرف فيه كذلك والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له ان يشتري
من يعتق على الموكل لان التوكيل هناك مطلق فيجري على اطلاقه وهنا مقيد بما
يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة ايضا ما يدل على التقييد بان قال اشتر لي عبدا

ابيعه او قال استخدمه او جارية اطأها كان الحكم كذلك • فان شرى من يعتق على رب
المال كان له اي للمضارب لانها اي لا يكون للمضاربة لان الشراء اذا وجد نفاذا نفذ على
المشتري كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل من يعتق على الموكل حيث ينفذ على
الموكل والفرق ما بيناه • ولا ان يشتري من يعتق عليه اي على المضارب ان كان في المال
ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف الذي
بيناه في العتق فيمتنع التصرف فيه والمراد بالربح المذكور هنا ان تكون قيمة العبد المشترى
اكثر من راس المال سواء كان في جملة مال المضاربة ربح او لم يكن لانه اذا كان قيمة العبدين
مثل راس المال او اقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا براس المال حتى اذا كان راس المال
الفا وصار عشرة الاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته الف او اقل لا يعتق
عليه وكذا لو كان له ثلثة اولاد او اكثر قيمة كل واحد الف او اقل فاشتراهم لا يعتق منهم
شيء لان كل واحد مشغول براس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عبد
على راس المال على حدة من غير ضمه الى آخر • فان فعل اي ان اشترى قريبه وقيمته اكثر
من راس المال ضمن لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
وان لم يكن في قيمة العبد المشترى ربح اي زيادة على راس المال صح شراؤه للمضاربة
لانه اذا لم يزد قيمته على راس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا
براس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيجوز • فان زاد صار له ربح في المشترى بعد الشراء بان
كانت قيمته وقت الشراء قدر راس المال او اقل ثم زادت قيمته حتى صارت اكثر من راس
المال عتق نصيبه اي نصيب المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب ان يعتق عليه نصيبه
ولا يضمن لرب المال لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة
من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره • ويسعى المعتق في نصيب رب المال من قيمته
لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كالعبد الموروث بين اثنين واحدهما ابوه وفي
الكافي لو شرى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليها لان هذا
النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق وانما دخل العتق فيما اشتراه لنفسه فلم يصر
مخالفا والشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى لو اشترى احد الشريكين
عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشتري كما ينفذ على المضارب و
كذا لو اشترى الاب او الوصي للصغير عبدا هو ذو رحم محرم من الصغير او المعتوه
لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب او الوصي لانه لا نظر فيه للصغير بخلاف العبد الماذون
له فانه لو شرى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه
عتق على المولى وان كان عليه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء
على انه هل يدخل في ملك المولى ام لا • ولو شرى المضارب بالنصف امة بالف قيمتها
الف فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه المضارب موسرا فصارت قيمة الغلام الفا ونصفه

استسعاه رب المال في الف وربعه اي ربع الالف وهو مائتان وخمسون او اعتقه فاذا
قبض الالف ضمن المدعي وهو المضارب نصف قيمة الامة وذلك لان الدعوة صحيحة في
الظاهر تصحيحا لها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم
باعها منه فوطئها فعلقت منه لكن الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح
لان كل واحد من الام والولد مستحق برأس المال لان مال المضاربة اذا صار عينا كان كل واحد منهما
يساوي رأس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا
يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الامة ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد
واعترض بوجهين احدهما ان الامة كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك
وتعين ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة
فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربحهما على ما هو مذهب ذلك ليس بلازم وسلمه صح
اجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لان رأس المال فان رأس المال هو
الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى بذلك من الاخر
فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بان الاعيان اجناس مختلفة والفرسان جنس
واحد تقسمان جملة واحدة واذا اعتبر جملة جعل البعض ربحا بخلاف العبدين
فانهما لا تقسمان جملة بل يكون كل واحد منهما على حياله لكون الرقيق اجناسا مختلفة
عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنع
القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الولد
على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان
موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال
المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الولد لان ذلك انشاء
العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لم ينفذ بعد ذلك
حدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان يجوز ثم ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر
بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ثبت النسب وعتق الولد
لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب
والملك والملك اخرهما لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا ولا
صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين
الاخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى لاحتباس ماليته وان شاء لكونه قابلا
للعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف
مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا القدر فان قيل
لم لا يجعل الامة رأس المال والولد كله ربحا اجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس
رأس المال والامة ليست من جنسه فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال انسب للتجانس

ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد لما
استحق رأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر ان الامة كلها ربح فتكون بينهما وقد
ملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا
يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره
وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فمات المزوج وترك الجارية ميراثا
بين الزوج واخ اخر فملكها الزوج بعد صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه
ضمان اعتاق وهو لا بد فيه من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه

باب مضارب يضارب

قال واذا ضارب المضارب بلا اذن اي اذا دفع المضارب مال المضاربة الى غيره مضاربة ولم
ياذن له رب المال فلا ضمان ما لم يعمل الثاني في ظاهر الرواية وهو قولهما لان الدفع ايداع
حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفا ان عمل ضمن
والا فلا وفي رواية الحسن عن الامام انه لا يضمن بالعمل اي بتصرف المضارب الثاني ايضا
اي كما في غيرهما ما لم يربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال لان الدفع قبل العمل
ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة
بينهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراط العقد في حق
رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره ووجوب الضمان على الاول
فيما اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة واما اذا كانت فاسدة فلا ضمان وان ربح
لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان وحيث ضمن فلرب المال
مطالبة ايهما شاء في المشهور وقيل على الخلاف في ايداع المودع ذكر الطحاوي انه يضمن الاول
ولم يذكر الثاني قيل اختيار منه لقول من قال من المشايخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند
ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول
رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا
القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق
بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول
فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون
ضامنا بانه ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة
بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على
الاول بسبب العقد لانه عامل للمضارب الاول كما في المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال في الاول
هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول اجيب باختلاف الجهة
يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتداء
مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل العمل فيه
لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض

بينهما حينئذ لانه مخرج من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار
الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه
بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت
من وجه دون وجه وسبيله التصدق • فان اذن له بالمضاربة فدفع المضارب الاول الى
المضارب الثاني فضارب الثاني بالثلث وقد قيل له اي قال رب المال للمضارب الاول ما رزق
الله فهو بيننا نصفان او فلي نصفه او ما فضل فبيننا نصفان فنصف الربح لرب المال وثلثه للثاني
وسدسه للاول لان دفع الاول الى الثاني مضاربة صحيح حيث كان باذن المالك لان المالك شرط
لنفسه نصف ما رزق الله وما رزقه الله جميع الربح فكان له نصف جميع الربح فلا يكون للمضارب
الاول ان يوجب شيئا من ذلك الى غيره بل ما اوجبه للثاني وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه
خاصة فيبقى له السدس ويطيب لهما ذلك لان عمل الثاني وقع له
كمن استاجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الخياط من يخيطه بنصف درهم طاب
للاول الفضل كذا هنا ولو قال رب المال للمضارب الاول ما رزقك الله بيننا نصفان
فدفع الاول الى الثاني مضاربة بالثلث يكون ثلث الربح للمضارب الثاني والثلثان بين
المضارب الاول ورب المال نصفان • وان قال رب المال للمضارب الاول ما ربحت بيننا
نصفان ودفع الاول الى الثاني بالنصف فنصفه اي نصف الربح لرب المال ونصفه الآخر
للثاني ولا شيء للاول لان رب المال شرط لنفسه جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف
للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ولا شيء للاول لانه جعل ما كان له للاول لكن
مستاجر اجير ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر اجيرا آخر من يخيطه له بدرهم فانه لا يبقى
للاول شيء حيث عقد على جميع حقه • وان قال رب المال للاول ما ربحت بيننا نصفان
وشرط الاول للثاني الثلثين فكما شرط يكون الربح بين المالك وهو رب المال والثاني
نصفين ويضمن الاول للثاني سدسا لان الاول شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب
المال وهو السدس فلم ينفذ في حق رب المال ووجب عليه الضمان بالتسمية لانه
التزم السلامة فاذا لم يسلم رجع عليه كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر
الاجير رجلا آخر ليخيطه بدرهم ونصف فانه يضمن له زيادة الاجر • وان كان قيل
له اي قال رب المال للاول ما رزق الله او ما ربحت بيننا نصفان فدفع الاول
الى الثاني مضاربة بالثلث فلكل منهم ثلثه اي يكون لكل واحد من رب المال والاول
والثاني ثلث الربح لان رب المال ما شرط لنفسه نصف جميع الربح بل نصف ما يحصل
للاول من الربح فاستحق الثاني جميع ما شرط لنفسه وما وراء ذلك جميع ما حصل للاول
ورب المال شرط لنفسه نصف ذلك وهو الثلثان يكون بين رب المال والمضارب الاول
وان قال رب المال للاول ما رزقك الله بيننا نصفان ودفع الاول الى الثاني
مضاربة بالنصف فللثاني نصف ولكل من الاول ورب المال ربع لان رب المال

ولا كان الثلث له

شرط لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاول الا النصف فكان بينهما • ولو شرط
المضارب لعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه اي مع المضارب ولرب المال ثلثا ولنفسه
ثلثا صح لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة
خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له وهذا لا يمنع المولى عن اخذ ما اودعه
العبد وان كان محجورا عليه واذا لم يمنع التخلية لم يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط العمل
على رب المال لانه يمنع التخلية فيمنع الصحة واذا صحت كان ثلث الربح للمضارب بحكم الشرط
له هنا للعاقد والثلثان لرب المال ان لم يكن على العبد دين لان ما شرط للعبد
فلسيده وان كان عليه دين فللغرماء • وتبطل المضاربة بموت احدهما
اي رب المال او المضارب لانه توكيل وبموت الموكل او الوكيل تبطل الوكالة
ولا تورث وبلحاق رب المال بدار الحرب مرتدا لان اللحاق بمنزلة الموت ولهذا يورث
ماله ويعتق مدبروه وامهات اولاده وقبل اللحاق يتوقف تصرف مضاربه عند
ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل لانه يتصرف له فصار
كتصرفه بنفسه كذا لا بلحاق المضارب مرتدا لا تبطل المضاربة على حالها عندهم
لان تصرفاته انما توقف لكان توقفه في ملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة
• ولا ينعزل المضارب بعزله اي بعزل رب المال اياه ما لم يعلم به اي بالعزل لانه
وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله فان علم بعزله والمال عروض فله بيعها لان له حقا
في الربح ولا يظهر الا بالنض فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك ولا يتصرف في ثمنها لان البيع بعد
العزل للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النض وان كان المال نقدا
من جنس راس المال لا يتصرف فيه لانه ليس في اعماله عزله ابطال حقه في الربح لظهوره
فلا ضرورة في ترك الاعمال وان كان من غير جنسه بان كان دراهم وراس المال
دنانير او على العكس فله تبديله بجنسه استحسانا لان الربح لا يظهر الا به فصار
كالعروض • ولو افترقا وفي المال ديون على الناس لزمه الاقتضاء ان كان ربح لانه كالاجير
والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة المحضة والا اي ان
لم يكن ربح فلا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا يجبر المتبرع على ايفاء
ما تبرع به وهذا لا يجبر الواهب على التسليم ويوكل المضارب المالك اي رب المال به اي
بالاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة
الا بتوكيله فيه فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وكذا سائر الوكلاء يعني وكيل البيع
اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه
والبياع والسمسار يجبران عليه اي على التقاضي لانهما يعملان بالاجر عادة فاذا وصل
اليه اجره اجبر على اتمام عمله واستيفائه فما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء
فقد استوجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وكذا بيعه

وقد يتم بكله وقد لا يتم بعشرة كان وكان فيه نوع جهالة والاصل في ذلك ان يأمر
بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله
عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد • وما هلك من مال المضاربة
صرف الى الربح اولا لانه تابع ورأس المال اصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس
فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك الى
العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح لا يضمن المضارب لانه امين فلا
يكون ضمينا للتنافي بينهما في شيء واحد فان اقتسماه وفسخت ثم عقدت فهلك
المال او بعضه لا يترادان الربح اي لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها
ثانيا فهلك المال او بعضه بعد ذلك لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد
انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب
انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا اخر وهذه هي الحيلة فيما اذا خاف المضارب
ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من رأس المال وصورة
هذه الحيلة ان يسلم المضارب رأس المال الى رب المال ثم يقتسمان الربح ثم يرد رب
المال المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فيكون بذلك مضاربة مستقلة
فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذي كان في الاولى وان اقتسماه
من غير فسخ يترادانه حتى يتم رأس المال اي اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها
ولم يفسخاها بان اقتسما بعض المال وتركا بعضه في يد المضارب على انه رأس المال و
المقتسم ربح ثم هلك المتروك في يده وهو امانة ترادا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي
رب المال رأس ماله لان الربح تابع ورأس المال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة
الاصل قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى
يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه او قال فرائضه
فاذا هلك ما في يده تبين انه لم يبق الا ان ما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبع
بدون الاصل فيضمن المضارب ما اخذه على انه ربح لانه اخذه لنفسه حتى يتم رأس
المال بخلاف ما بقي في يده حيث لا يضمنه لانه لم يأخذه لنفسه وما اخذه رب المال
محسوب عليه من رأس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء دين الميت به ثم
اقتسامهم بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم التراد
لقضاء الدين فان كان فيهم غريم فهو محسوب عليه من الدين لان الورثة لا يسلم لهم
شيء الا بعد قضاء الدين وان فضل شيء من رأس المال بعد التراد اقتسماه بينهما لانه ربح
لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله الا في الربح وان لم يف فلا ضمان على المضارب
لانه امين **فصل** اعلم ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع • نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة
وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والايجار والاستئجار للركوب والحمل والشراء

له ولو سفينة اذا احتاج اليها وتأخير الثمن الى اجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك
الاقالة ثم يبيعه نسيئة بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي يوسف حيث لا يجوز تأجيله الدين بعد
البيع لانه لا يملك الاقالة ثم يبيعه نسيئة وهنا يملك • ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه
اذا قال له اعمل برأيك وهو ما احتمل ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال
مضاربة او شركة او خلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة
غيره وهو امر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق في التثمير
فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دال عليه • ونوع
لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل
ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ واخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاؤها
لانه اقراض والعتق على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من التجارة
فلا يملكه الا بالنص • ولا ينفق المضارب من مالها اي من مال المضاربة في مصره لان النفقة
جزاء الاحتباس فاذا كان في مصره لا يكون محتبسا في المضاربة او في مصر اتخذه دارا او
تزوج به فانه كمصره ولا ينفق ايضا من مالها في المضاربة الفاسدة لانه اجير
فنفقة الاجير على نفسه فان سافر وان كان ما دون مدة السفر اذا كان لا يبيت باهله
فطعامه وشرابه في مالها بالمعروف اي غير زائد على الحاجة الاصلية ولا ناقص عنها لانه
اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة في مالها لاجل الاحتباس به وكذا كسوته
وركوبه شراء واستئجارا وكذا اجرة خادمه وفراش ينام عليه وغسل ثيابه واجرة الحمام
لان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس
والدهن في موضع يحتاج فيه اليه وضمن ما كان زائدا على العادة ونفقته في مصره من ماله
وكذا في كل مكان يمكنه ان يغدو ويروح الى منزله لان اهل السوق يغدون في السوق ثم
يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه ان يبيت في منزله فهو في مال المضاربة كالدواء فانه اذا مرض
كان دواؤه من ماله سواء كان في السفر والحضر لانه لم يحتبس بمال المضاربة ويرد
ما بقي من كسوة وغيرها اذا قدم الى رأس المال لتمام الحاجة وما دون السفر كسوق
المصر ان امكنه ان يغدو ويبيت في اهله والا فكالسفر وليس للمستبضع نفقة
من مالها اي من مال المضاربة لانه متبرع • ويؤخذ ما انفقه المضارب من الربح
اولا اي اذا ربح المضارب اخذ رب المال قدر ما كان انفق المضارب من رأس المال حتى يتم به
رأس المال وما فضل بعد ما استوفى رأس المال قسم بينهما على ما شرطاه لان رأس المال اصل
والربح مبني عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال الاصل لان الذي ذهب بالنفقة
هالك والهالك يصرف الى الربح على ما بيناه • وان سافر المضارب بماله وبمال المضاربة
او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال اي سافر بماليهما جميعا انفق بالحصة • وان باع
متاع المضاربة مرابحة حسب ما انفقه عليه من حمل ونحوه اي اذا باع المضارب المتاع الذي

انفق عليه ضم جميع ما انفق على المتاع من اجرة الحمال والطراز واجرة السمسار والصباغ
والقصار مما ذكرنا في باب المرابحة الى راس المال بان يقول قام علي بكذا لان هذه الاشياء
تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها براس المال في بيع المرابحة فجاز ذلك ولا يضم ما
انفقه نفسه اي لا يضم ما انفقه على نفسه في سفره ومعناه في المال الى راس المال لانه
لم يتعارفوا بضمه الى راس المال ولا يزيد هو ايضا في قيمة المتاع بخلاف الانفاق على المتاع
لانها الزيادة على الثمن صارت في معنى الثمن • ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة
بزا وباعه بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا في يده قبل نقدهما يغرم المضارب ربعهما
والمالك الباقي وربع العبد للمضارب وباقيه للمضاربة وراس المال الفان وخمسمائة
ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لان المال لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف فكان
بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد
مشتركا بينهما ربعه للمضارب وثلثة ارباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد
كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة
وثلثة ارباعه على رب المال وهو الف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة
لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تنافي ونصيب رب المال
على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعني
ثلثة ارباع العبد وراس المال وهو جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو
الفان وخمسمائة لانه دفع اليه اولا الفا ثم الفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة
الا على الفين لانه اشتراه بالالفين وهو معنى قوله ويرابح على الفين ولو بيع العبد
بعد ذلك باربعة الاف كان للمضارب الف وحصة المضاربة ثلثة الاف فالفان
وخمسمائة راس المال والربح منها خمسمائة بينهما نصفان • ولو شرى رب المال
عبدا بخمسمائة وباعه من المضارب بالف لا يبيعه المضارب مرابحة الا على خمسمائة
ولا يجوز ان يبيعه مرابحة على الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله
والحكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على
الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فيبنى على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب
كالوكيل له في بيعه ولو كان العكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب
المال بالف يبيعه مرابحة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فيبنى المرابحة على ما اشتراه
به المضارب كانه اشتراه له وناوله اياه من غير بيع • ولو اشترى مضارب بالنصف بالف
المضاربة عبدا يعدل الفين فقتل رجلا خطا فربع الفداء عليه اي على المضارب وباقيه
وهو ثلثة ارباع الفداء على المالك لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها اكثر من راس
المال يظهر فيه الربح وهو الف هنا بينهما نصفان والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان
فصار الفداء بينهما على هذا الوجه لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره واذا فدى خرج العبد

كله عن المضاربة اما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما بيناه واما نصيب رب المال
فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما
لان الخطاب بالفداء لوجب سلامة المفدى ولا سلامة الا بالقسمة ولان العبد
بالجناية كان كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء صار كانهما
اشترياه فخدمه على قدر ملكيهما يخدم المضارب يوما والمالك ثلثة ايام •
ولو اشترى المضارب بالف المضاربة عبدا وهلك الالف قبل نقده دفع المالك الثمن
ثم وثم وجميع ما دفع راس المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة
واحدة والفرق ان المال في يد المضارب امانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لان الاستيفاء
لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بيناه فظل القبض يكون امانة واذا هلك
كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب
عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له ان يرجع
به على الموكل لان المستوفى لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا
لكونه مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان ولان ما قبضه الوكيل لو لم يحمل على الاستيفاء
لرجع منه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ منه ثانيا يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق
براس المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه
ولان الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة والتعلق فلا يرجع بعد الانقطاع بخلاف المضاربة لانه
يشتغل بالتصرف بل لا يشتغل بالعمل فيتبعض الضرر فيرجع عليه ما دام متصرفا له • ولو كان
مع المضارب الفان فقال للمالك دفعت الي الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت
اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة اولا يقول القول لرب المال وهو قول
زفر لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع وقال
القول للمضارب وهو قول ابي يوسف ومحمد لان حاصل الاختلاف فيه في المقبوض فالقول
قول القابض في مقدار المقبوض ضمينا كان او امينا لانه لو انكر القبض بالكلية كان
القول له ولو اختلفا مع ذلك في قدر الربح بان قال المالك راس المال الفان وشرطت لك
ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف الربح فالقول للمضارب
في قدر راس المال لانه القابض والقول للمالك في مقدار الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو انكر
استحقاق الربح عليه بالكلية بان قال كان المال في يده بضاعة وكذا في انكار الزيادة وايهما
اقام البينة تقبل بينته لانها مثبتة كالمسمع وان اقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة
المالك اولى في مقدار راس المال وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا • ولو قال
من معه الف قد ربح فيها هي مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة فالقول لزيد لان المضارب
يدعي عليه تقوم عمله او الشركة في ماله او شرطا من جهته وزيد وهو المالك منكر فكان القول
قوله وكذا لو قال ذو اليد اي المضارب هي قرض وقال زيد اي المالك بضاعة او وديعة او مضاربة

فالقول للمالك والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو منكر
ولو كان بالعكس بان ادعى المالك القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب
لانهما اتفقا على ان الاخذ كان باذن المالك ثم المالك يدعي عليه ضمانا وهو منكر فكان
القول قوله وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاما البينة كانت بينة المالك اولى
لانها اكثر اثباتا • ولو قال المضارب للمالك اطلقت ولم تعين نوعا من التجارات
وقال المالك عينت نوعا فالقول للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول
لمن يتمسك بالاصل وقال زفر القول للمالك لان الاذن يستفاد من جهته فكان اعرف
به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة
العموم فيكون انكار المالك نهيا له عن العموم وهو يملك ذلك فصح نهيه ولو
ادعى كل من المضارب والمالك نوعا من التجارة فالقول للمالك لانهما اتفقا
على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الاذن اولى والبينة بينة
المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البينتان بان
قال المالك دفعت اليك مضاربة ان تتجر في رمضان وقال المضارب دفعت الي لاعمل
في طعام في شوال او بالعكس واقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال
اولى لان آخر الشرطين ينقض اولهما وان لم يوقتا او وقتا وقتا واحدا او وقت
احدهما دون الآخر يقضى بما قال المالك لانهما لم يوقتا وقد بينا المعنى • ه

كتاب الوديعة

الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين للحفظ
هذا في الشرع وفي اللغة الوديعة مشتق من الودع وهو مطلق الترك قال النبي صلى الله
عليه وسلم لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم وليكتبن من
الغافلين اي عن تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى قرئ بالتشديد
والتخفيف والمودع الشيء المتروك قال النبي ع م الايمان نور الله اودعه في قلوب المؤمنين فعلى
العبد ان يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبي
ع م على اليد ما اخذت حتى تؤديه وقال ع م اد الامانة الى من ائتمنك وقال الله تعالى
ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب
الشقاء فيهما قال النبي ع م الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وروي ان زليخا ابتليت
بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف ع م فجلست على قارعة الطريق في زي الفقراء
فمر بها يوسف ع م فقامت تنادي ايها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف ع م فقالت الامانة
اقامت المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك فسأل عن قصتها فتزوجها
ديانة فتزوجها مرحمة عليها • ثم شرط الوديعة اثبات اليد عليها عند الاستحفاظ
وركنها قول المودع اودعتك هذا المال او ما يقوم مقامه من الاقوال والافعال

والقبول من المودع بالقول والفعل او بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع و
وجوب الاداء عند الطلب وصيرورة المال امانة في يده • وهي امانة لا تضمن بالهلاك
لقوله ع م لا ضمان على مؤتمن ولان المودع متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان
يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع
فلو ضمن المودع لامتنع الناس من قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك وهذا كما لا يختلف
بين ان يكون بشيء يمكن التحرز عنه اولا وبين ان هلك للامين مال غيرها معها او لم يهلك وقال
مالك ان ادعى انها سرقت وحدها يضمن لمكان التهمة • وللمودع ان يحفظها بنفسه وعياله
لان المطلوب منه ان يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بمن في عياله
من زوجته وولده ووالديه او غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه
الا ترى ان المرأة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا يضمن ولو دفع الى اجيره الذي
استأجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة
الى وكيله وليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله
لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه اكثر من ذلك ذكره
في النهاية وقال وعليه الفتوى وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة العيال
فقال يلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله وذكر فيه
اشياء حتى ذكر ان له ان يحفظه بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي
في يده ماله وبهذا يعلم ان العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة • وله السفر بها
عند عدم النهي والخوف وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له اذا كان لها حمل ومؤنة
وقال ابو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بما له حمل ومؤنة
لان القصيرة لا تخلو عنها عادة ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير محرم ولا
زوج وقال محمد لا يخرج بما له حمل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد والظاهر من حاله
انه لا يرضى وربما تستغرق المؤنة الوديعة وفيما ذكرنا فلا يجوز كالوكيل بالبيع
حيث لا يكون اخراج المبيع فان اخرج ضمن وقال الشافعي ليس له ان يخرج بها سواء
كان له حمل ومؤنة او لم يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار
عادة وصار كالاستحفاظ بأجر ولابي حنيفة ان الامر صدر مطلقا فلا يتقيد
بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق امنا والكلام
فيه فصار كالمصر وهذا لان ملكه الاب والوصي في مال الصغير مع ان ولايتهما
نظرية لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده ولولا
انه من الاحسن لما جاز لكلاهما الا ترى ان الجودة في الاموال الربوية متقومة في تصرفهما
حتى لا ينفذ بيعها بمثلها وزنا لعدم النظر والوكيل بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ
وانما يجب عليه الحفظ مقتضى الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ

باجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم رده من مؤنة
الرد ضرورة صحة امره فلا يعد ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم في المصر لحفظهم
فيه ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها كاهل الاخبية ولو كان الطريق مخيفا ليس
له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد بان سافر مع اهله لا يضمن
ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لان المصر احكم في الحفظ
فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن فان حفظها بغيرهم اي بغير من في
عياله ضمن لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء
لا يضمن بمثله كالمضارب لا يضارب والوضع في حرز غيره من غير استيجار له ايداع
حتى يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه
الا اذا خاف الحرق او الغرق فدفعها الى جاره او الى سفينة اخرى لان التسليم
الى جاره او الالقاء في سفينة اخرى عند احاطة النار بداره او عند غرق السفينة
تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة الى الغير
موجب للضمان ودعوى الضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل الا ببينة كما اذا ادعى الاذن
بالصرف في حاجته باذن صاحبها قالوا اذا لم يمكنه الا ان يدفعها الى من هو في عياله
وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه
لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة اخرى وهلكت قبل الاستقرار بان
وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله • فان طلبها
ربها فحبسها وهو قادر على تسليمها صار غاصبا لانه متعد بالمنع بعد الطلب مع
القدرة على تسليمها اذ لم يرض صاحبها بامساكها بعده فيكون معزولا فصار يده عليها
كيد الغاصب فيضمن وكذا بجحوده اياها يعني اذا طلبها صاحبها فجحدها عنده يضمن وان
اقر بعده لان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالامساك بعده غاصب فيضمن
فان عاد الى الاقرار لا يبرأ عن الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يوجد
بخلاف جحدها عند غيره بان قال اجنبي عندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن لان
الجحود عند غيبة المالك من الحفظ لانه ينقطع به طمع الطامعين عنها فلا يضمن به • وان
خلطها بماله بحيث لا تتميز فان بجنسها ضمن وانقطع حق المالك منها في المائع وغيره عند
الامام وعندهما في غير المائع للمالك ان يشركه ان شاء وكذا في المائع عند محمد وعند
ابي يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر فيه وان بغير جنسها كلبن بشعير ودبس بشيرج
ضمن وانقطع حق المالك اجماعا بيانه ان الخلط على وجوه احدها خلط الجنس بالجنس
كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والثاني
خلط الجنس بغيره كالحنطة بالشعير والخل بالزيت ونحوهما والثالث خلط
المائع بجنسه فعند ابي حنيفة هو استهلاك في الوجوه كلها فيضمنها وينقطع

حق المودع عنها وعندهما كذلك في الوجه الثاني لانه استهلاك صورة ومعنى
والاول عندهما ان شاء شاركه فيها وان شاء ضمنه لانه ان تعذر اخذ عين
حقه صورة فلا يتعذر اخذ عين حقه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه
دون وجه فيختار ايهما شاء واما الثالث فعند ابي يوسف يجعل الاقل تبعا
للاكثر اعتبارا للغالب وعند محمد هو شركة بينهما بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس
عنده على ما عرف من اصله في الرضاع وخلط الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير
اذابة من الوجه الثالث لانه يصير مائعا بالاذابة ووجه قول ابي حنيفة انه
استهلاك من كل وجه لتعذر وصوله الى عين حقه والقسمة مترتبة على الشركة
فلا تكون موجبة لها فلو ابرأ المودع الخالط برئ اصلا وعندهما ابراؤه من الضمان
فتعين الشركة في المخلوط وان اختلطت بلا صنعه اشتركا اجماعا لانه لا صنع له
فيه فلا ضمان عليه فتعين الشركة • وان تعدى فيها بان كانت ثوبا فلبسه او
دابة فركبها او عبدا فاستخدمه ضمن وان ازال التعدي زال الضمان وقال الشافعي
لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة تكون
امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد
على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ
على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد بخلاف المستعير والمستأجر للعين اذا تعدى في
العين المستعارة والمستأجرة ثم ازال التعدي حيث لا يبرأ عن الضمان لان البراءة عن
الضمان انما تكون باعادة يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان
لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا ترك الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا
حكما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف
فقد ردها الى يد صاحبها حكما فبرئ اذ هو نائب عنه • وان انفق بعضها فهلك الباقي ضمن
ما انفق فقط لان التعدي لم يوجد فيما بقي وقال مالك يضمن الكل لانه صار خائنا
فلا يبقى امينا وان رد مثله وخلطه بالباقي ضمن الجميع لان البعض صار ضامنا له بالانفاق
لانه متعد فيه وصار للبعض الاخر ضامنا ايضا لكونه خلط ماله بماله لان الضمان لا يتعين
الا بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة
فيضمن • ولو تصرف فيها فربح يتصدق به عندهما وعند ابي يوسف يطيب له اداء
الضمان او سلم عينها بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها وسلم له فضل الثمن لان
شرط طيب الربح عنده الضمان لا غير وقد وجد بالتصرف فيها فيكون هذا ربح ملكه
فيطيب له ولهما انه انما تصير ملكا له باداء الضمان مستندا الى وقت وجوبه والمستند
ثابت من وجه فيكون الربح حاصلا من ملك غيره من وجه فيتصدق بخبثه وثمرته تظهر
فيما اذا دفع المودع ضمانه من مال الوديعة وهي الفا الى الغير فانفقها ثم جاء بخمسمائة

وكذا لو ادعى عليها ثم اعترف بها لا يبرأ عن الضمان مد

من ماله نفسه فخلطها بالباقية من الوديعة صار ضامنا للوديعة كلها فاذا
اتجر بالالف كلها وربح فالفاضل لا يطيب له وربح الخمسمائة الباقية عندهما ويطيب
عنده ❁ وان اودع اثنان من واحد شيئا لا يدفع الى احدهما حصته بغيبة الآخر
عند ابي حنيفة وهو مروي عن علي رضي الله عنه وقالا يدفع اليه حصته يعني له ذلك والخلاف
في ذوات الامثال وفي غيره ليس له ذلك بالاجماع لهما ان الحاضر طلب نصيبه
خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما
سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه اذا ظفر به فكذا يؤمر
المودع بالتسليم اليه ولابي حنيفة ما روينا عن علي رضي الله عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما
ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقي رجع صاحبه على
الآخذ بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له ان يدفع نصيب الغائب لعدم اذنه بذلك
فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان
الديون تقضى بامثالها واخذ الشريك عند الظفر به ابراء على ان المودع يؤمر بالدفع الا
الى رجل اذا كان له على انسان الف درهم دين ولخصمه الف وديعة عند آخر فليس له ان ياخذ
الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولا يؤمر بذلك روي ان رجلين دخلا
الحمام واودعا عند الحمامي الفا فخرج احدهما فطلبه منه فاعطاه ثم خرج الآخر
وطالبه فتحير الحمامي وذهب الى ابي حنيفة فقال له قل له اعطيك حتى تحضر صاحبك
فانقطع ❁ وان اودع عند اثنين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل حصته فان دفع
احدهما الى الآخر ضمن الدافع لا القابض وهذا عند ابي حنيفة وكذا الجواب في
المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وعندهما للكل حفظ الكل باذن الآخر
في الوجهين لان المودع رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا
يضمن ولابي حنيفة وهو قياس ان المالك رضي بحفظهما لا بحفظ احدهما ورضاه
بامانة الاثنين لا يكون رضى بامانة الواحد وهذا لان الاصل ان فعلا لاثنين اذا
اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الآخر
ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده
وان كان مما لا يقسم حفظه احدهما باذن الآخر اجماعا لان المالك رضي بثبوت يد كل واحد
منهما على الانفراد في الكل لانه لما اودعها مع علمه بانهما لا يجتمعان على حفظها اناء الليل
والنهار وامكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما للجميع على الانفراد ❁ وان نهى
عن دفعها الى عياله فدفع الى من لا بد منه لم يضمن يعني لو دفع الوديعة وقال لا تدفعها
الى امرأتك وعبدك وامتك وولدك واجيرك وهم في عياله فان دفعها الى واحد منهم
فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه اهل وخدم فهو ضامن لان
هذا الشرط مفيد جدا لان من الناس من لا يامن عياله لكن انما يلزمه مراعاة شرط

يتقيد لانه متى كان يجد بدا من الدفع الى من نهي عنه وهو متمكن من حفظها على الوجه
المامور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهي عنه وان لم يجد بدا له منه كما اذا دفع
الدابة الى عبده لو كانت الوديعة دابة ونهي عن دفعها الى عبده وكما اذا دفع شيئا اي اودع شيئا
يحفظه النساء كخاتم جوهر ونهي عن دفعه الى زوجته والرجل لا يحفظه بيده
منها فهذا شرط يناقض اصله فيلغى فلا يضمن اذ لا يمكنه الحفظ الا به فلا يمكنه العمل
به مع مراعاة هذا الشرط فلم يعتبر التقييد فبطل ❁ وان امر بحفظها في بيت معين
من دار فحفظها في غيره اي في غير البيت المعين منها اي من الدار لا يضمن لان البيتين
من دار واحدة قلما يختلفان في الحرز والمتمكن من الاخذ من احدهما يتمكن من الاخذ من
الآخر فصار الشرط غير مفيد وكذا العارية ايضا فلا يعتبر الا اذا كان في التي امر
ظاهر فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف ❁ وان امر بحفظها في دار فحفظها في
غيرها ضمن لان الدارين يختلفان في الامن والحفظ فصح الشرط وامكن العمل به ❁
ولو اودع المودع الوديعة فهلكت ضمن المالك المودع الاول فقط دون الثاني
عند ابي حنيفة وعندهما ضمن المالك ايا شاء من المودع الاول والثاني لان المالك
لم يرض بغير الاول فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه بلا اذن
من الضمينين ضمين فان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما
لحقه من العهدة لا بالعكس اي ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان
فظهر انه اودع ملك نفسه ولابي حنيفة انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضوره لانه وتدبيره لا من
حفظ بصورة يده وهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم
يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني موجبا فلم يوجب
تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فمستمر على
الحالة الاولى وهو القبض من امين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه الا
[illegible] ❁ ولو اودع المودع الغاصب ضمن المالك ايا شاء
من المودع والغاصب اجماعا اما الغاصب فظاهر واما مودع الغاصب فلقبضه منه
بلا رضى مالكه ثم انه اذا لم يعلم انه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم
فكذلك في الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة ❁
ولو اودع عند عبد شيئا فاتلفه ضمنه بعد عتقه وان عند صبي فاتلفه فلا ضمان
اصلا عندهما وقال ابو يوسف يضمنان في الحال المراد بالعبد والصبي اذا كانا محجورين لانهما
لو كانا ماذونين باخذها الوديعة يضمنان في الحال اتفاقا قيد بالماذون باخذ الوديعة
لان الماذون له في التجارة ليس بماذون في اخذ الوديعة لانها ليست من التجارة وقيد بكونها
مودعين لانهما لو اتلفا ما لم يودع عندهما والمولى يضمنان اتفاقا وقيد باتلافهما

لان الوديعة لو تلفت في ايديهما لا يضمنان اتفاقا والمراد من الصبي الذي يعقل واما
الذي لا يعقل فيضمن اتفاقا ولهما ان المالك ... تحفظ ممن ليس باهل الالتزام
للحفظ اما الصبي فلم يصح التزامه اصلا فصار المالك كانه اذن باتلافه واما العبد
فالتزامه لم يصح في حق المولى نظرا له فلا يضمن في الحال ويصح في حق نفسه لكونه
مكلفا فيضمن بعد العتق • قال ولا يدفع العبد المحجور الوديعة الى عبد محجور مثله فهلك
عند الثاني ضمن المالك الاول اي العبد الاول فقط بعد العتق عند ابي حنيفة ولا شي على
العبد الثاني ضمان لانه مودع المودع ولا ضمان عليه عنده اذا لم يتعد وعند ابي يوسف
ضمن المالك ايهما شاء من العبدين للحال اما الاول فلانه متلف بالدفع واما الثاني
فلانه مودع المودع وهو ضامن عنده فيباع فيه العبد وعند محمد الا يضمن المالك
العبد الاول فبعد العتق كما قاله ابو حنيفة والا ضمن الثاني في الحال لان ضمانه ضمان
فعل فيضمنه مالك غيره بغير اذنه فلزمه في الحال • ومودع الف فادعى كل من
اثنين انها له عنده فنكل لهما فهي لهما وضمن لهما مثلها اي اذا كان في يد
رجل الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه فحلف لهما فان
نكل لهما كان الالف بينهما وعليه الف اخر بينهما بيان ذلك ان دعواهما صحيحة
فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شي لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما
ونكل للاخر قضي به لمن نكل له دون الاخر لوجود الحجة في حقه دون الاخر وان نكل
لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه الف اخر بينهما لانه اقر به لكل
لهما بذله اياه على اختلاف الاصلين وبايهما بدا القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع
بينهما وعدم الاولوية والاولى عند التشاح ان يقرع بينهما تطييبا للقلوب
ونفيا لتهمة الميل فان نكل للاول لا يقضي به حتى يحلف للثاني لينكشف وجه
القضاء هل هو لهما او لاحدهما بخلاف ما اذا اقر لاحدهما
فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضاء
وهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شي وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر
القضاء حتى ينكشف وجهه ولا نص عليه في الكتاب لانه لا يقضي للمتقدم حتى يحلف
للمتاخر ولو نكل للثاني ايضا قضي به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم الفا اخر
بينهما نصفين لانه بالنكول اوجب لكل واحد منهما كل الالف فلو قضى القاضي للاول حين نكل
قبل ان يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما لان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف ينفذ قضاؤه لانه محل مجتهد فيه لان من العلماء
من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار

كتاب العارية

هي في اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه ووزنها فعلية لان طلبها عار

وفي الشرع تمليك منفعة بلا بدل وهو قول عامة العلماء لانها تنبئ عن التمليك فان
العارية من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك
مثل ان تقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو
تمليك وهو عقد مستحب مشروع مندوب اليه لما فيه من قضاء حاجة المسلم
وقد ندب الشرع اليه حيث قال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال
النبي صلى الله عليه وسلم لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون اخيه وذم
تعالى على منعه فقال ويمنعون الماعون اي العواري من القدر والفاس ونحو ذلك ولانه
العارية مردودة واستعار النبي عم دروعا من صفوان رض ولان التمليك نوعان بعوض
وبغير عوض والاعيان قابلة للنوعين بالبيع والهبة فكذا المنافع بالاجارة والاعارة
• ولا تكون الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه اعلم ان الاعارة نوعان حقيقة ومجاز
فالحقيقة اعارة الاعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد
والدار والدابة والمجاز اعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالدراهم
والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب فيكون اعارة في صورة قرض
لانه رضي باستهلاكه ببدل فكان تمليكا ببدل وهو القرض الا ان العارية توجب
رد العين والقرض يوجب رد المثل وهذا بيان قوله واعارة المكيل والموزون
والمعدود قرض هذا اذا لم يعين جهة الانتفاع بها الا ان عين انتفاعا يمكن لا
العين بعده بان استعارها ليعاير بها ميزانا او مكيالا او ليزين بها دكانه او
غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية امانة ليس له ان ينتفع بها في غيره كما كان نظيره
عارية الحلي والسيف المحلى • وتصح باعرتك لانه صريح فيه ومنحتك ثوبي هذا
وحملتك هذه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته
يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطي ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يرد وكثر استعماله
في تمليك العين فاذا اريد به الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه واطعمتك
ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله
وحملتك على دابتي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على
دابته يراد به الهبة تارة والعارية اخرى فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم تكن له نية
حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك واخدمتك عبدي اذا لم يرد به الهبة فكونه اذن له
في الاستخدام وداري لك سكنى او داري لك عمري سكنى لان قوله داري لك يحتمل
ان يكون له رقبتها ويحتمل ان يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل
المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل • وللمعير الرجوع فيها متى شاء
لقوله عم المنحة مردودة والعارية مؤداة • ولو هلكت بلا تعد فلا ضمان وقال الشافعي
يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه وقال عم العارية

مضمونة وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان يوم احد فقال اغصبا يا محمد
فقال لا بل عارية مضمونة فالاضافة بحصولها فحمل عليه النبي عم فقال اما اليوم في
الاسلام ارغب والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه (الاستعمال) حال الهلاك
بخلاف المستاجر لان القبض فيها عن استحقاق ولانه لمنفعة صاحبه وعلى هذا الوديعة
لانه قبضه لمنفعة صاحبه لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلك
عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع ويخالف
العبد الموصى بخدمته لانه قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين
اليه وكذا قوله عم ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود
ولانه قبضه باذن صاحبه لا على جهة الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن
كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن
بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدي
وانتفاء المبادلة لان وجوبه شرعا لما يعتقد موجبا للضمان او تشبهه ان
كان فاسدا او بالتعدي والعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته
لانه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الاذن وحديث صفوان كان تغيرا لـ
حاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا يا محمد وعند الحاجة رخص تناول مال الغير
بغير اذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرطه الضمان والعارية اذا
شرط فيه الضمان يضمن عندنا في رواية ويحتمل ان يكون المراد بالضمان المذكور في الحديث
ضمان رد العين فيحمل عليه وقوله عم على اليد ما اخذت تقتضي رد العين لان رد العين
واجب في الامانات والمال يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع انه بسبب الغرور
وهو لم يغره لان المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل والمعاهب
عليه مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه • ولا يؤجر لان الاجارة لازمة فيلزم المعير
زيادة ضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير ان يرجع عليه حتى
تفرغ مدتها فيتضرر ولا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها لزوم ما لم
يلزم وهو العارية او عدم لزوم ما لم يلزم وهي الاجارة فلا يجوز • ولا يرهن
كالوديعة لان الرهن ايفاء وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه و
لان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة
فان اجرها فتلفت ضمن المعير ايهما شاء من المؤجر والمستاجر لان المؤجر متعد
بالتسليم فصار غاصبا والمستاجر قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستاجر من الغاصب
فان ضمن المؤجر لم يرجع على احد لانه ملكه بالضمان وتبين انه اجر ملك نفسه وان
ضمن المستاجر يرجع على المؤجر ان لم يعلم انه عارية دفعا لضرر الغرور عن نفسه وان
علم ان العين عارية في يده فليس له ان يرجع لانه لم يغره فصار كالمستاجر من

الغاصب عالما بالغصب • وللمستعير ان يعير العارية ان كانت مما
لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة وقال الشافعي ليس له ان يعير لان العارية
اباحة المنافع عنده والمباح له ليس له ان يبيح لغيره وعندنا لما كان تمليك المنافع
جاز ان يعير لان المالك يملكه ان يملكه كالمستاجر يملك ان يوجر وكالموصى له بالخدمة
يملك ان يعير لانه ان يعير فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب واللبس ومستعمله
دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وان لم يعين مستعملا
جاز للمستعير ايضا ان يعير فيما يختلف باختلاف المستعمل ان يعيره ما لم يتعين هو كما
لو قال المعير صاحب الدابة البس من شئت فله ان يعيره اذا كان لم يلبسه بنفسه وان لبس
بان كان قد لبسه حين قال له المعير البس من شئت لا يكون له ان يعيره غيره كذا في الكافي
فلو ركب هو ليس له اركاب غيره وان اركب غيره ليس له ان يركب هو بنفسه بعد ذلك
في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا فان قيدت العارية بنوع من المنافع
او وقت من الاوقات او بهما اي بنوع ووقت ضمن المستعير بالخلاف الى شر فقط وان اطلق
فيهما فله الانتفاع باي نوع شاء في اي وقت شاء اعلم ان العارية بالقسمة العقلية على
اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع كمن استعار دابة او ثوبا ولم
يعين وقتا ولا مستعملا فله ان يستعمله في اي وقت شاء في اي منفعة شاء ويركب ويلبس
غيره عملا بالاطلاق فلو ركب هو او لبس ليس له ان يركب غيره ولا يلبسه والثاني ان
يكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا
الى مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل قفيزا من حنطة اخرى
او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه خالف وان عند
اختلاف الجنس لا يختص المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف
دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة في تعيين الحنطة الا مقصود
دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر
اذا كان مفيدا والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع فان استعار
دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله ان يحمل ما شاء في اليوم فان امسكها بعد ذلك
اليوم ضمن ان انتفع بها في اليوم الثاني وقيل ضمن بمجرد الامساك لانه امسك مال الغير بغير
اذنه والرابع ان يكون مطلقة في حق الوقت مقيدة في حق الانتفاع فان استعار دابة
ليحمل عليها حنطة فله ان يحمل الحنطة عليها متى شاء • ويصح اعارة الارض للبناء والغرس
لان منفعتها معلومة وجوز الانتفاع بها شرعا وايجارها فكذا اعارتها الا ان تكون
تبرعا وله ان يرجع متى شاء لان العارية غير لازمة ويكلفه قلعهما اي قلع البناء و
الغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان ياخذهما بقيمتهما
فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له

كيلا يتلف عليه ارضه ويستبد هو به ولانه صاحب اصل بخلاف ما اذا كانت
الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث
لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة لان ايهما طلب القلع اجيب ولا يضمن
رب الارض للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع الا اذا لم يوقت للعارية
وقتا وقال مالك يلزمه ضمان قيمتهما او يتركان الى ذلك الوقت لانه صار مغرورا من
جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت للعارية وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية
غير لازمة فيكون له الرجوع في كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه
وان وقت ورجع قبله كره ذلك لان ظاهر المسلم ان لا يخلف بالوعد وضمن لانه غار
له بذلك حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وضمن المعير للمستعير ما نقص
البناء والغرس بالقلع لان المستعير مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر الوفاء
بعهده والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه ومعنى قوله ضمن ما
نقص ان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت فان قيل
الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة والاعارة ليست كذلك
اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبل
ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى وقت
كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقيمتها صالحة وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة
ما امكن ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم تكون قيمة البناء الى المدة
المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة
دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية كذا ذكره القدوري
وقيل والقائل هو الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمته اي قيمة غرسه و
بنائه ويملكه الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه فله ذلك لانه ملكه ه
وللمستعير قلعه بلا تضمين ان شاء لانه ملكه الا اذا لم ينقص الارض به كثيرا وعند كثرة
اي عند نقص الارض به كثيرا للمالك الخيار بالابقاء بالقيمة مقلوعا وبطلب القلع وضمان
النقصان لصاحب الارض • وان اعارها للزرع لا توخذ حتى يحصد الزرع بل يترك في يده
بطريق الاجارة باجر المثل وقت ام لا لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين
فانه لما كان الترك باجر لم يفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الاخر بخلاف الغرس لانه ليس له
نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك • واجرة رد المستعار والمستاجر والوديعة
والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب لان المنفعة حصلت
لهم والاصل ان مؤنة الرد تجب على من وقع قبض القبض له اما المستعير فلانه قبضه لمنفعة
نفسه والرد واجب عليه ولهذا لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد مضي الوقت ولم يردها
حتى هلكت ضمن فاذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم

واما المستاجر فلان العين المستاجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر سالم له ولهذا يجب
على المستاجر ردها وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مؤنة الرد واما الوديعة فلان
منفعة القبض حاصلة للمالك لانه يحفظ العين ومنفعة حفظها عائد اليه فكانت مؤنة ردها عليه
واما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه نسخ فعله وذلك بردها واعادتها الى يد
مالكها كما كانت لانه هو الذي ازال يده متعديا فيجب ردها بازالة تعديه فيكون عليه مؤنة
ردها دفعا للضرر عن المالك واما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه •
وان رد المستعير الدابة الى اصطبل ربها او العبد او الثوب الى دار مالكه برئ بخلاف الغصب
والوديعة وهذا استحسان والقياس ان لا يبرا لانه لم يردها الى صاحبها وانما ضيعها
تضييعا فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو
المعول عليه وهذا لان الاصطبل او الدار في يد المالك ولو ردها على المالك كان يردها
الى الاصطبل والدار فكان الرد اليهما ردا على المالك لانه الحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو
رضي به لما اودعها عنده وبخلاف الغصب لانه صار متعديا باثبات يده في العين و
بازالة يد صاحبها فلا يبرا من ازالة يده واثبات يد صاحبها وذلك بالتسليم حقيقة
وقيل هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرا الا بالتسليم الى صاحبهما وعن ابن سلمة انه
ان كان المربط خارج الدار لا يبرا لان الظاهر ان الدابة تكون هناك بلا حافظ وان رد
المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ لانها امانة وله حفظها على يدهم
كما في الوديعة وكذا ان ردها مع اجير ربها او عبده يقوم على الدابة او لا لوجود الرضى
به من المالك لانه يرضى بردها اليه فهو يردها اليه عادة واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد
ممن يقوم على الدواب فقيل لابد وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة
بخلاف الاجنبي والاجير مياومة يعني ان ردها مع واحد منهما يضمن لانه متعد في يد
الاجنبي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار انه يودع
المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه
بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذا اذا تركها في يد
الاجنبي وهذا لان الوديعة ادنى حالا من العارية فاذا كان يملك الاعارة فيما لا
يختلف فاولى ان يملك الايداع • وبخلاف رد شيء نفيس كعقد لؤلؤ ونحوه الى دار
مالكه او اصطبله او الى غلام صاحبه يضمن لان العادة لم تجر به في مثله ولهذا
لو دفعه المودع الى غلامه ضمن • ويكتب مستعير الارض للزراعة انك اطعمتني ارضك
لا اعرتني خلافا لهما يعني اذا اعار ارضا بيضاء للزراعة كتب المستعير انك اطعمتني ارض
كذا لازرعها عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد
والكتابة بالموضوع اولى وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانها تعم الزراعة
والارض تارة تعار للزراعة وتارة للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام ادل على ان غرضه الزراعة

كتاب الهبة

هي في اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من
لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وهي من صفات الكمال
فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله انك انت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد
اكتسب من اشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور
في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد وهذا من
باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون وهي
مشروعة مندوب اليها وفي الاصطلاح تمليك عين بلا عوض وشرطها ان
يكون الواهب بالغا عاقلا حرا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب
والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون لازما • وتصح بالايجاب والقبول
لانه عقد فينعقد بهما كسائر العقود وتتم بالقبض الكامل قال الامام حميد الدين
ركن الهبة الايجاب في حق الواهب لانه تبرع فيتم من جهة المتبرع واما في حق الموهوب له
فلا يتم الا بالقبول ثم لا ينفذ ملكه فيه الا بالقبض الكامل الممكن في الموهوب فالقبض
الكامل في المنقول ما يناسبه وفي العقار ما يناسبه فقبض مفتاح الدار قبض لها
والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض بالموهوب بالاصالة
قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة وقال ابو بكر الصديق لعائشة
رضي الله عنها في مرضه كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم
تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك
فان قبض في المجلس بلا اذن من الواهب صح استحسانا وان قبض بعده اي بعد الافتراق
لا يصح الا باذنه والقياس ان يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك
الواهب لان ملكه قبل القبض باق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح
ولنا وهو وجه الاستحسان ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث
ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه ومقصود الواهب
من اثبات الهبة اثبات الملك للموهوب له ولا طريق له الا بالقبض فكان الايجاب منه
تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد
الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط عليه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد
بالمجلس فكذا ما اقام مقامه • وتنعقد الهبة بقوله وهبت لانه صريح في الهبة
ونحلت لانه يستعمل فيه لقوله عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا واعطيت واطعمتك هذا
الطعام لان الطعام اذا اضيف الى ما يؤكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة
عادة ولو قال اطعمتك هذه الارض لان عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغل
منها فاشبه ذلك بالعارية وكسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد بها التمليك

قال تعالى او كسوتهم • واعمرتك هذا الشيء لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
من بعده ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له
فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة • وجعلته لك عمرى
وداري لك هبة تسكنها لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة و
تنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تاكله • وبنيتها اي بنية الهبة
في حملتك على هذه الدابة لان الاركاب تصرف في المنفعة فيكون عارية الا اذا اراد به
الهبة فيصح لانه مستعمل فيه يقال حمل الامير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فصح نيته
• وان قال داري لك هبة سكنى قوله سكنى تمييز او قال داري لك سكنى هبة اي داري لك
بطريق السكنى هبة او قال داري لك عمرى سكنى او نحلى سكنى وقوله سكنى نحلى او داري لك
سكنى صدقة اي بطريق السكنى حال كونها السكنى صدقة او داري لك صدقة عارية اي
حال كونها صدقة بطريق العارية او داري لك عارية هبة اي بطريق العارية حال كون
منافعها هبة فهذه العبارات كلها عارية لا هبة • ولا تصح هبة مشاع يحتمل
القسمة الا محوزا مقسوما اعلم ان الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا وضابطه ان كل شيء يضره
التبعيض ويوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها
فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالبيت والبيت الكبير وقال الشافعي
يجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانها عقد تمليك والمحل قابل له فاشبه البيع
وكونه تبرعا لا ينافي الملك في الشرع كالقرض والوصية وتسليمه ممكن بالتخلية او بتسليم الكل
اليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم شرطوا
القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على الكمال الوجه
فان قسم وسلم صح اي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده
لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ
فيه تصرف الواهب • ولا تصح هبة دقيق في بر ودهن في سمسم وسمن في لبن لان
المحل الدقيق اي المستخرج الدهن والسمن ونحو لا تكون صحيحة لان الموهوب معدوم
وهذا لو استخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يكون محلا له
بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد لان الحنطة استحالت وصارت
دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين آخر بخلاف المشاع لانه محل للملك
الا انه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز • وهبة لبن في ضرع وصوف على غنم
ونخل وزرع في ارض وتمر في نخل كهبة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال
وذلك يعود الى امتناع قبض الشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة
الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده احتمالا
فصار كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمشاع لان

الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح وتعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ
لا بعده بالاذن قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه او الدقيق في الجوالق
جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يد الواهب على
الموهوب غاية ما فيه ان يد الواهب قائمة في الظرف وهو لا يمنع الحفظ فلكونه تبعا فثبوت اليد
في التبع لا يوجب قيامه في الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلي ونحوه والعكس
لا يصح الا اذا نزعه وسلمه لانه مشغول لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعا كالجوالق •
وهبة شيء هو في يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض لان القبض ثابت فيها وهو الشرط
سواء كانت في يده امانة او مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون
والمضمون ينوب عنه والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر لاتحادهما
جنسا وحدا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل
الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب
في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه لان
المقبوض بيده حقيقة وحكما فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده
عارية او اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه واما اذا كانت في يده بطريق
الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه في الحقيقة وقبضه لاجل
المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة فينبغي ان يكون هذا كالموهوب
وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها زال ايضا لانه انما يده
مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة
• وهبة الاب لطفله تتم بالعقد ان الموهوب في يد الاب فينوب قبضه عن قبض
الصغير لانه وليه او في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك لا ان كان الموهوب
في يد غاصب لانه في يد غيره او مبتاع بيعا فاسدا لانه في ملك غيره او مرتهن حيث
لا يجوز الهبة لعدم قبضه لان كل احد منهم قابض لنفسه ولو وهب من ابنه
الصغير دارا والاب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها
له لانها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا ينافي يده لانه يقبضها فيكون هي في قبضه هو
الشاغل ولو كان يسكنها غيره باجرة لا يجوز وان كان بغير اجرة جازت الهبة وملكها
الابن بمجرد العقد والصدقة في ذلك كالهبة • والام كالاب عند غيبته غيبة
منقطعة او موته وعدم وصيه ان كان الطفل في عيالها فيتم بقولها لانه في عيالها
فكان لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس
لها ولاية القبض وكذا كل من يعول الطفل كالاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة
لاجل الطفل لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فصح
هذا القدر بطريق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة • وهبة الاجنبي له تتم بقبضه

لو عاقلا لانه في النافع المحض ملحق بالبالغ • ويقبض ابيه او جده او وصي احدهما لانه قائم
مقامهما او قبض امه ان كان الطفل في حجرها او قبض اجنبي يربيه لان من هو في يده في
التصرف النافع له وتحصيل المال من المنافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى
لا يكون لغيرهم ان ينزعه من ايديهم فكانوا احق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه
لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا
او بقبض زوج الطفلة لها ولو مع حضرة الاب بعد الزفاف لا قبله لان الاب اقامه مقام
نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له وانما ملكه الزوج
من جهته بتمليكه ولهذا يملكه والاب حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد
موته او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الاب ولا
ضرورة مع حضوره ويملكه هي ايضا ان كانت مميزة واشتراط الزفاف لثبوت ولاية
الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط ان يكون ممن يجامع
مثلها في الصحيح • وصح هبة اثنين لواحد دارا لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما
فلا شيوع لا عكسه وهو ان يهب واحد من اثنين وهذا عند ابي حنيفة خلافا لهما
حيث يجوز لان هذه هبة الجملة بينهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار
كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تأثير الشيوع في الرهن اقوى منه في الهبة حتى امتنع
رهن المتاع فيما لا ينقسم ايضا بخلاف الهبة وله انه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو
كانت فيما لا ينقسم فقبل احدهما جاز ولولا انه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فيه
فيثبت لكل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون العقد ناقصا في هبة نصيبه لشريكه
او معدوما اذ قبض الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض النافع
هو الملك دون التسليم بخلاف الرهن لان حكمه ملك الحبس للدائن وقد ثبت لكل واحد منهما
كملا فلا شيوع فيه الا يرى انه لو قضى دين احدهما بقي كله في يد الآخر ولا كذلك الهبة
لانه لم يحصل له الملك الا في النصف فكان شائعا ضرورة • وصح تصدق عشرة على
فقيرين وهبتها لهما ولا يصحان لغنيين خلافا لهما اي اذا تصدق بعشرة على
غنيين لا يصح عند ابي حنيفة وكذا اذا وهب لهما للشيوع وعندهما يصح الهبة
لانه لا شيوع عندهما كما في هبة واحد دارا من اثنين وكذا يصح الصدقة لان
الصدقة على الغنيين يراد بها الهبة مجازا والهبة جائزة ولو تصدق بعشرة
على فقيرين او وهب العشرة لهما جاز بالاتفاق لان الصدقة يراد بها وجه الله
تعالى قال النبي عم الصدقة تقع في كف الرحمن قبل ان تقع في كف الفقير
فلا شيوع واما الهبة على الفقير فهي صدقة والصدقة جائزة فكذا الهبة

باب الرجوع فيها

صح الرجوع فيها كلا او بعضا بحيث اذا وهب شخص
هبة وقبضها وليس فيها ما يمنع الرجوع من زيادة وموت احدهما او عوض

وخروج عن الملك والزوجية والقرابة المحرمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة
وقال الشافعي لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقول النبي عم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد
فيما يهب لولده ولانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع ولان الرجوع تضاد مقتضى العقد
لا نقضه وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه
او بعضه ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد به ما بعد التسليم
لانه لا يكون هبة حقيقة قبله وانما سماه الهبة باعتبار ما كان وقال عم تهادوا تحابوا
والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري
اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد
بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه ينفرد به فيكون له اخذه من غير رضى ولا
قضاء عند الحاجة اليه كما في سائر امواله على ما قال النبي عم انت ومالك لابيك ان اطيب
ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا ويكره لقوله عم العائد في هبته كالعائد
في قيئه وهذا لاستقباحه لا لحرمته بل لقوله عم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب
يقي ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة وانما يوصف بالقبح
• ويمنع منه اي من الرجوع في الهبة حروف دمع خزقه فالدال الزيادة المتصلة
كالغرس والبناء والسمن لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة
فلا رجوع فيها والفصل متعذر لا يرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع اصلا وبطل
حق الواهب لان حق الملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك
فيهما فكان مراعاته اولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه لان الضمان
حق التمليك لا يجوز اخذ العوض عنه فبطل اصلا اطلق البناء والغرس ومراده
اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب
في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع في
تلك القطعة دون غيرها لا المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في
الاصل دون الزيادة لامكان الفصل • والميم موت احد العاقدين لان بموت
الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما
اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا تكون
له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار
الرؤية والشرط او هو مجرد حق وهو ايضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين
على ما عرف في موضعه ولان الشارع اوجبه للواهب والوارث ليس بواهب •
والعين العوض اي يمنع الرجوع العوض المضاف اليها اي قبض خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلها
او في مقابلتها ولو كان العوض من اجنبي لانه لو وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض
هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل

القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها
الربوا ولانه يخص العوض له على الموهوب له بل لو عوضه منه اجنبي متبرعا صح واذا
قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل
الخلع والصلح ويشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط
ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيتا منها
او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم ان
قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به • والخاء الخروج عن ملك الموهوب له
لان الخروج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يتمكن من نقضه لما
من جهته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا يرجع فيها • والزاي
الزوجية وقت الهبة فله الرجوع لو وهب لاجنبية ثم نكحها لا لو وهب لزوجته
ثم ابانها والاصل فيه ان الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما ولا تقبل
ورد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر
الصلة والتودد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد
حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض فكان له الرجوع عند فواته
• والقاف القرابة فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم
محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل والرجوع قطيعة الرحم
فلا يرجع فيها سواء كان مسلما او كافرا كالعتق بالملك ولو وهب لعبد اخيه او هو عبد
لاجنبي يرجع فيهما عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع في الاولى وفي الثانية يرجع لان الملك يقع
للمولى فكان المعتبر هو المولى وله ان الهبة يقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد
من وجه وهو ملك اليد لانه احق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار احد الجانبين
يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك • والهاء هلاك الموهوب
فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه والقول فيه اي في هلاك
الهبة قول الموهوب له لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع وفي الزيادة القول قول
الواهب لانه منكر لزوم العقد • ولو عوض فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
لانه لم يرض اليها الا ليسلم له الموهوب كله واذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من
المعاوضات وان استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يرد باقيه لان العوض ليس ببدل عنه
حقيقة بل لا يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز لانه
وان استحق الكل من الموهوب او العوض رجع بالكل فيهما لان المانع عن الرجوع
قد زال ولو عوض عن نصفها فله ان يرجع بما لم يعوض لان حقه في الرجوع كان في
الكل فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع في حقه وبقي حقه في الباقي على ما كان •
ولو خرج نصفها عن ملكه فله ان يرجع بما لم يخرج نحو ان يبيع نصف الهبة يرجع

في النصف الباقي كأن لم يبع منها شيئا فإنه إذا لم يبع منها شيئا كان له أن يرجع في النصف
ويترك النصف لأن له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه إن شاء وإن شاء
استوفى نصفه وكذا له أن يترك الكل إن شاء وإن شاء ترك النصف فكذا إذا
بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي لأن المانع لم يوجد إلا في النصف فيتقدر
الامتناع بقدره لا أولى لأنه لما جاز الرجوع في النصف مع إمكان الرجوع في الكل
فأولى أن يجوز عند العجز • ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو حكم قاض لأن ملك الموهوب
له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضى أو بالقضاء ولأنه مختلف فيه
بين العلماء وفي أصله وهن وفي عدم حصول مقصوده وجوده خفاء لأنه يحتمل
أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب
في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من
الفصل بالقضاء أو الرضى فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت
في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك فلو أعتق الموهوب له العبد الموهوب
بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ عتقه لأنه لا يخرج عن ملك الموهوب له إلا بالقضاء
ولو منعه أي لو منع الموهوب له الموهوب عن الواهب قبل القضاء فهلك في يده أي في يد الموهوب له
لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لا يضمن لأن أول القبض كان غير
مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وإن منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي
منه وهو أي الرجوع مع أحدهما أي مع القضاء أو التراضي فسخ من الأصل لأن عقد الهبة انعقد
موجبا حق الفسخ للواهب وهو الفسخ بكونه مستوفيا ثابتا له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم
فإذا فسخ رجع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل لا هبة من الموهوب له فلا يشترط
فيه قبضه أي قبض الواهب ويصح الرجوع في المشاع القابل للقسمة بأن وهب دارا ثم رجع في
نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصح
دليلا على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا يؤثر • وإن تلف الموهوب
فاستحق فضمن الموهوب له لا يرجع على الواهب بما ضمن لأن الهبة عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة
لأنه غير عامل للواهب • والهبة بشرط العوض هبة ابتداء هذا إذا ذكره بكلمة على بأن
يقول وهبت هذا العبد لك على أن تعوضني بهذا الثوب وأما إذا ذكره بحرف الباء
بأن يقول وهبت لك هذا الثوب بعبدك هذا أو بألف درهم وقبله الآخر يكون
بيعا ابتداء وانتهاء بالإجماع ف إذا كان هبة ابتداء شرط القبض في العوضين
أي شرط قبض العاقدين للعوضين لكون كل منهما هبة ويفسد بالشيوع في أحدهما كما هو حكم الهبة
بيع انتهاء يعني إذا تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع فيثبت الشفعة وخيار
العيب والشرط والرؤية لأنها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء و
انتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني

ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا و
جهة البيع معنى ولا يمكن الجمع بينهما وكلما اشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما
لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر
وأما إمكان الجمع فلأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في
البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض وإذا
انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ
الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فإنها تبرع
في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه لفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع
فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لأن الألفاظ قوالب
المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما كما إذا باع المولى
عبده من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح أن يكون مالا لنفسه **فصل**
ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها صحت الهبة
لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ألا يرى أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط
وهذه كلها شروط فاسدة وبطل الاستثناء أي استثناء الحمل لأنه إنما يعمل
في المحل الذي يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد
لا يرد على الأوصاف مقصودا كما لو وهب الحمل لا يصح وكذا إذا استثنى عليها
من البيوع فلما لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لأن اسم الجارية
يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء خلاف المقتضى
العقد وهو معنى الشرط الفاسد فصحت الهبة وبطل الشرط أيضا وكذا لو وهب
دارا على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولو دبر الحمل
ثم وهبها فالهبة باطلة لأن الحمل باق على ملكه فأشبه الاستثناء فلا يجوز لأن الحمل
في الاستثناء كان لا يبطله بجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير منع عن ذلك فبقي
هبة المشاع وهي لا تجوز بخلاف ما لو أعتقه ثم وهبها جازت الهبة في الجارية لأن الحمل غير
مملوك له والاشتغال بغير ملك الواهب لا يوجب الفساد • ومن قال لمديونه إذا جاء غد فالدين لك
أو فأنت بريء منه أو إن أديت إلي النصف فالباقي لك أو فأنت بريء منه فهو باطل لأن الإبراء تمليك
من وجه لأنه يرتد بالرد إسقاط من وجه لأنه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه
إبراء لأنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه إسقاطا والتعليق بالشروط
يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها إلى ما فيه تمليك
• والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته بعده وهي أن يجعل داره له مدة عمره
فإذا مات ترد إليه لما روينا أن النبي عليه السلام أجاز العمرى والشرط وهو قوله إذا مات ترد عليه
لما روينا أن النبي عليه السلام أبطل شرط المعمر فيبطل لأنه لا يؤثر في بطلان العقد والرقبى باطلة

عند ابي حنيفة ومحمد لا تفيد ملك الرقبة فان قبضها كانت عارية في يده وعند ابي يوسف
تصح كالعمرى وهي ان يقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلي فلي لانه تعليق
بالخطر ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان ماخوذا من الارقاب فكانه قال
رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي عم اجاز
العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك اخذت
من المراقبة كانه يرقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا • والصدقة كالهبة
لا تصح الا بالقبض لانها تبرع لا تصح الا بالقبض ولا تصح في مشاع يقسم لان الشيوع
يمنع تمام القبض ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق
لهبة عوض عنها ولو كانت الصدقة لغني اذ قد يكون لهالك نصاب عيال كثير والناس
يتصدقون عليه لنيل الثواب ولا رجوع في الهبة لفقير لانها في المعنى صدقة اذ المقصود
منها الثواب • ولو قال جميع مالي او ما املكه لفلان فهو هبة لان مملوكه انما يكون
ملكا للغير بالتمليك ولو قال جميع ما في منزلي لفلان وله دواب وغلمان في
الرستاق ان كانوا يذهبون بالنهار ويأوون بالليل في ذلك المنزل يدخلون في اقراره ذلك
وان قال ما ينسب الي او يعرف بي لفلان فاقرار لان معناه انه ملك لفلان ولكنه منسوب الي

كتاب الاجارة

هي فعالة من اجر ياجر من باب طلب وضرب فهو اجر وذاك ماجور اي الاجارة اسم للاجرة وهي
ما يعطى من كراء الاجير وقد اجره اذا اعطاه اجرته والاجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى
به فيقال اجرك الله واعظم الله اجرك وليس اجر هذا فاعل بل هو فعل وهي جائزة بالاجماع ثم
قال الله تعالى حكاية عن شعيب عم اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان
تاجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا شرع لنا ما لم يظهر النسخ لا سيما اذا قص الله
علينا من غير انكار وقال النبي صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وقال
ع م اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وهي في الشرع بيع منفعة معلومة
بعوض معلوم دين او عين • وشرطها ان تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان
جهالتهما تفضي الى المنازعة وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك في
البدلين ساعة فساعة لان المعقود عليه وهي المنافع معدومة والقياس
ان لا تجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد الا انها اجيزت للضرورة
لشدة الحاجة اليها وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين
المستاجرة اقيمت مقام المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجودها وهذا كالمسلم فيه
فان الذمة التي هي محل المسلم فيه اقيمت مقام المعقود عليه في حق جواز السلم •
وما صلح ثمنا صلح اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما
لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب

مثلا اذا كانت معينة صح ان يكون اجرة كما استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا •
وتفسد الاجارة بالشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع لان المنافع بالعقد
تكون لها قيمة ويصير به مالا فتلحق الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها
من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد واشباهه • ويثبت فيها خيار الشرط
والرؤية والعيب وتقال وتفسخ كما في البيع • والمنفعة تعرف تارة ببيان المدة
كالسكنى والزراعة فيصح مدة معلومة اي مدة كانت لان المنفعة لا بد ان تكون
معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون به معلومة فتارة تصير معلومة
بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة اي مدة كانت
لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت غير
متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى الى
النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طول المدة وقصرها عندنا اذا كانت بحيث
يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة
معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت مدة
بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم
البقاء الى تلك المدة والظاهر كالمتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة
معنى والتابيد يبطلها وجوزه اخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب
لصيغة كلام المتعاقدين والمذكور يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما
قبل انقضاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا
تزوج امراة الى مائة سنة فانه متعة وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل نكاحا
موقتا اعتبارا للصيغة • وفي الوقف يتبع شرط الواقف وان لم يشترط فالفتوى ان لا يزاد
في الارض على ثلاث سنين كيلا يدعي المستاجر انه ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف انها لا تؤجر
اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع
الى الحاكم حتى يحكم بجوازها • ولا يزاد في غيرها على سنة • وتارة تعلم بذكر العمل كصبغ
الثوب وخياطته وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة لانه اذا بين المصبوغ والصبغ
وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول
عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فيصح العقد ومن هذا النوع الاجارة
على العمل كاستيجار القصار ونحوه • وتارة بالاشارة كالاستيجار على نقل هذا
الطعام الى موضع كذا لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة
• والاجرة لا تستحق بالعقد سواء كانت الاجرة عينا او دينا بل تستحق بالتعجيل
بان يعطيه قبل حلول الاجر فانه يكون هو الواجب بالعقد حتى لا يكون له حق الاسترداد
او بشرطه اي بشرط التعجيل حال العقد فانه حينئذ يجب او باستيفاء المعقود عليه

وهو المنفعة او التمكن منه اى من استيفائه بتسليم العين المستاجرة فى المدة فيجب
الاجر لو قبض الدار ولم يسكنها حتى مضت المدة لوجود التمكن من الاستيفاء ه
ويسقط بالغصب بعده وفوت التمكن اى لو غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر
سقط الاجر كله فيما اذا غصب فى جميع المدة وان غصبت فى بعضها سقط بحسابها
لفوات التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع • ولرب
الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة وللقصار والخياط
بعد الفراغ من عمله والاصل فيه ان الاجارة معاوضة والملك فى المنافع عند
ثبوته فى زمان العقد فكذا الملك فى الاجر وان عمل فى بيت المستاجر وذكر فى
المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة وغيرها انه اذا خاط البعض فى بيت المستاجر
يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعدما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه
واستشهد فى الاصل على ذلك ما لو استاجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه
ثم انهدم فله اجر ما بنى فهذا يدل على انه يستحق الاجر ببعض العمل فى الكل لانه
يشترط فيه التسليم الى المستاجر ففى سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما اليه
بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفى الخياطة ونحوها لا يكون مسلما اليه الا اذا
سلمه اليه صاحبه حقيقة ففى خياطته فى منزل المستاجر يحصل التسليم بمجرد الفعل
اذ هو فى منزله والمنزل فى يده فلا يحتاج فيه الى التسليم الحقيقى فيجب بمجرد العمل
وهذا اذا فرغه فى منزله يجب الاجر من غير تسليم اليه وعلى ما ذكره صاحب الهداية
وصاحب التحفة انما يستحق الاجر على البعض الا فى سكنى الدار وقطع المسافة وللخباز
طلب الاجرة بعد اخراج الخبز من التنور لانه قد فرغ فيملك المطالبة هذا اذا كان يخبز
فى بيت المستاجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وان كان فى منزل الخباز لم يكن
مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور فان احترق قبل الاخراج من التنور سقط الاجر لهلاكه
قبل التسليم لانه قبل الاخراج لا قيمة له وان احترق بعده اى بعد الاخراج لم يسقط
من يده فلا يسقط الاجر لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد
منه الجناية وهذا عند ابى حنيفة وقالا يجب عليه الضمان لان العين مضمونة
عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرا الا بحقيقة التسليم والوضع فى بيته ليس
كذلك فاذا وجب الضمان ان شاء المستاجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر وان شاء ضمنه
الخبز وله الاجر ولا ضمان عليه فى الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب
الضمان عليه وحال وجوبه رماد ولا قيمة له قال فى النهاية هذا الذى ذكره من الخلاف
اختيار القدورى واما عند غيره فهو يجرى على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق اما عنده
فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وللطباخ للوليمة طلب الاجر
بعد الغرف الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وللضارب للبن طلب الاجرة بعد اقامته

عند ابى حنيفة وقالا بعد تشريجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه من
الفساد قبله فصار التشريج كاخراج الخبز من التنور ولانه هو الذى يتولاه عادة
والمعتاد كالمشروط ولابى حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن
والتشريج عمل زائد عليه كالنقل الى موضع التجارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه
طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج وثمرة الخلاف تظهر
فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعد ما اقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا
هلك قبل التشريج هذا اذا لبن فى ارض المستاجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة
او بالتشريج على اختلاف الاصلين واما اذا لبن الاجير فى ارض نفسه لا يستحق الاجر حتى
يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما العد بعد التشريج • ومن لعمله اثر
فى العين كصباغ وقصار يقصر بالنشا والبيض فله حبسه للاجر لان المعقود عليه
وصف فى المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وان لم يكن لعمله اثر الا ان
الرد لا يتخلف فيه لا يحبس لان حق الحبس على ما قاله ان البياض كان مستترا وقد ظهر
بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدث فيه بالاظهار فان حبسه
فضاع فلا ضمان لانه لا يلزمه الا على المتعدى وهو غير متعد ولا اجر
لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وهذا عند ابى حنيفة وقالا ان شاء
المالك ضمنه مصنوعا وله الاجر لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم
بدله اليه او ضمنه غير مصنوع ولا اجر لان العمل لم يصر مسلما اليه •
ومن لا اثر لعمله فيها اى فى العين كالحمال بالحاء والجيم والملاح وغاسل
الثوب ليس له حبسها لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين
بل انما هو قائم بالعامل او معين له والحبس فيه غير متصور بخلاف رد الآبق
فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الهلاك فاحياه
بالرد فكانه باعه منه فكان له حق الحبس • واذا اطلق العمل للصانع فله ان
يستعمل غيره لان الواجب عليه عمل فى ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة
عليه بغيره كالمامور بقضاء الدين وان قيد بعمله بنفسه فلا يجوز له ان يستعمل
غيره لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان
المعقود عليه المنفعة بان استاجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه
فى الخدمة ولا يستحق الاجرة لانه استيفاء للمنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه
لذلك • ومن استاجر رجلا ليجىء بعياله فوجد بعضهم قد مات فاتى بمن بقى
فله اجره بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه
ابو جعفر الهندوانى هذا اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم
وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله وفى النهاية عن الفضلى انه اذا استاجر

في المصر يحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استاجرتك مثلا
من المصر حتى تحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استاجرتك مثلا حتى
احمل من القرية لا يجب شيء لان الاجارة فيما اذا اشترط الحمال غير وفي الاولى كان العقد على
شيئين على الذهاب الى ذلك الموضع وحمل منه الى ههنا وقد ذهب اليه فاستحق
بعض المعقود عليه فيجب الاجر بحصته ولو استاجره لايصال الطعام الى زيد فوجده ميتا
فرده فلا اجر له وكذا لو استاجره لايصال الكتاب اليه فرده لموته لانه نقض تسليم
المعقود عليه بالرد فصار كانه لم يفعل شيئا فلا يستحق الاجر وقال زفر له الاجر في الطعام
بمقابلة حمل الطعام الى الموضع المشروط وقد وفى به فاستحق الاجرة عليه ثم هو برده
عليه ليس بجان فلا يسقط حقه به في الاجر وعلى نقل الكتاب لان الاجر فيه لا تقابل
الحمل لانه لا مؤنة له وقال محمد له الاجر بالذهاب هنا اي في نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود
عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل به لا بما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة
مؤنته بخلاف حمل الطعام لان الاجر فيه مقابل الحمل دون قطع المسافة لان في حمل
الطعام مؤنة قلنا الاجر مقابل بالنقل فيهما لانه وسيلة الى المقصود وهو وضع الطعام
هنالك وعلم ما في الكتاب فاذا رده فقد نقض المعقود عليه فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط
الخياطة بعد الفراغ ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك
الكتاب هنالك ليوصل اليه او الى ورثته فله اجر الذهاب اجماعا لانه اتى باقصى ما في وسعه
وكذا في الخيط وكذا لو استاجره ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا
وعاد فله الاجر بالذهاب لقطع المسافة لانه في وسعه واما الاسماع فليس في
وسعه فلا يقابله الاجر

باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز

وصح استيجار
الدار والحانوت وان لم يذكر ما يعمل فيه قيل صورة المسألة ان يقول استاجرت هذه
الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره وذلك جائز ينصرف الى السكنى وان
لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود
من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه
الاستحسان ان المعروف كالمشروط فيما ينصرف اليه وله ان يعمل كل شيء من السكنى
والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو
من توابع السكنى لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء سوى ما يوهن
البناء كالحدادة والقصارة والطحن بالماء او الدابة دون اليد وفي الجملة كل ما
لم يتضرر به البناء جاز ان يعمله فيه ويتقيد به . وصح ايضا استيجار الارض
للزرع لانها منفعة مقصودة معهودة فيها ان بين ما يزرع او قال على ان
يزرع فيها ما شاء لان ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد
من بيانه نفيا للجهالة او قال على ان يزرع فيها ما شاء كيلا يفضي الى المنازعة لانه لما فوض

اليه الاختيار ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على ان
ازرع فيها ما اشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا يعود صحيحة في القياس
كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى ينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه
صار معلوما بالاستعمال ولو ارتفعت الجهالة فعادت صحيحة وهذا لو استاجر ثوبا ولم يبين
اللابس ثم البس شخصا عادت صحيحة وكالمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع
ولا انتفاع الا بهما وصح استيجار الارض ايضا للبناء والغرس لانها منفعة معلومة تقصد
بعقد الاجارة عادة فصح كما لو استاجرها للزرع فاذا انقضت المدة اي مدة الاجارة
لزمه ان يقلعهما اي البناء والغرس ويسلمها اي الارض الى المؤجر فارغة لانهما ليس لهما حالة
منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام باجر او بغير اجر يتضرر صاحب الارض فتعين القلع
في الحال الا ان يغرم المؤجر قيمة ذلك البناء والغرس مقلوعا عند مضي المدة فيتملكه
برضى صاحبه وان كانت الارض تنقص بقلعه تغرم له قيمته ذلك مقلوعا ويتملكه
او يرضيا بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا لان الحق لرب الارض
فله ان يرضى باستدامة عليها كالمستاجر او بغير اجر كالعارية ذلك والرطبة كالشجرة فتقلع
عند انتهاء مدة الاجارة كما تقلع الشجرة لانها لا نهاية لها كالشجر والزرع يترك
باجر المثل الى ان يدرك اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له غاية معلومة
وصح ايضا استيجار الدابة للركوب والحمل واستيجار الثوب للبس لانها
منافع معلومة ومعتاد استيجارها فان اطلق له الركوب او اللبس فله ان يركب
الدابة ويلبس الثوب من شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا
بالتعيين او بان شرط ان يفعل ما شاء فاذا ركب او لبس هو او اركب او البس غيره
تعين فلا يستعمله غيره لان المفسد هو الجهالة التي تفضي الى المنازعة وقد زال
فيزول الفساد وان قيد براكب او لابس فخالف ضمن لان التقييد مفيد لتفاوت
الناس في الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف صار متعديا فيضمن وكذا كل ما يختلف
باختلاف المستعمل كالفسطاط حتى لو استاجره فدفعه الى غيره اجارة او اعارة
فنصبه وسكن فيه يضمن عند ابي يوسف لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه
وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار كالدار وما لا يختلف به
اي باختلاف المستعمل فتقييده هدر فلو شرط سكنى واحد بعينه في الدار جاز
له ان يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة
ونحوها خارج بدلالة العادة وان سمى بحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر
فله حمل مثله او اخف منه في الضرر كالشعير والسمسم لا ما هو اضر كالملح لانه
اذا رضي بشيء يكون راضيا بما هو مثله او دونه دلالة دون ما هو اضر منه والقياس ان
يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان لانه متصرف بالامر فليس له ان يخالف الامر الى الوكيل

بالبيع بالف درهم لو باع بالف دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان ان التقييد
انما يعتبر ان لو كان مفيدا ولا فائدة في هذه المسئلة في التقييد بكر حنطة ومنع
كر من شعير لان الشعير اخف منه فكان اولى بالجواز حتى لو سمى مقدارا من الحنطة
فحمل عليها من الشعير مثل ذلك بالوزن ضمن لان التقييد به فائدة لان الشعير
ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذه الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنا
ولا يصح انه لا يضمن استحسانا لان ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزنا
اخف من ضرر الحنطة لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة فيكون اخف عليها
بالانبساط وبه كان يفتي الصدر الشهيد • وان سمى قدرا من القطن فليس له ان
يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من ظهرها
بخلاف القطن فانه ينبسط عليه وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان
نظير المكيل وهذا نظير الموزون • وان زاد على ما سمى فعطبت ضمن قدر الزيادة ان
كانت تطيق مثل حملها لانها هلكت بما هو ماذون فيه وغير ماذون والسبب الثقل
فانقسم عليهما وان كانت لا تطيق مثل حملها ف يضمن كل القيمة لعدم الاذن
فيه • وفي الارداف يضمن النصف ولا عبرة بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف
ويخف عليها ركوب الثقيل لجهله بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته
بالوزن فيعتبر الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل
اثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها قالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه
وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله • وان كبحها او ضربها فعطبت ضمن عند
ابي حنيفة خلافا لهما فيما هو معتاد لان المتعارف مراعاة المطلق فكان هالكا
بالماذون فيه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما
يضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضي الحد
او التعزير وفصد الفصاد حيث لا يضمن ما هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه
وكذا الفصد على الفصاد لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب بخلاف ما
اذا ضرب العبد المستاجر حيث يضمن بالاتفاق وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب
والوصي الصغير اذا لم يتجاوز ضربه مثله للتاديب حيث يجب الدية عنده وعندهما
لا يجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير فكان محتسبا اذ منفعته عائدة عليه
وهو ماجور عليه فصار كضرب المعلم اياه بل اولى لان المعلم لم يوله ولاية الضرب وانما
يستفيده منه بخلاف الزوج يضرب امراته لانه مطلوب لمنفعة نفسه فصار كالرمي
الى الصيد فيشترط فيه السلامة ولابي حنيفة ان منفعة الصغير كالواقع له لقيام
البعضية بينهما بخلاف ضرب المعلم باذن الاب لان الاذن بالضرب صح من الاب لانه
له مع انه ضربه تاديبا واذا صح كان المعلم معينا للاب اذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان

على المعلم ولا ضمان على الاب ايضا فيما ضرب المعلم لان ما ادى من التاديب لم يصر منقولا
اليه لانه يصير بقدر ما عليك والى هذا اشير في المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود الزنى بعد ما جرح
السياط لا يضمن الامام لانه محق ولا يضمن الشهود لان الجرح لم يجب بشهادتهم
• وان جاوز بها المكان الذي سماه ضمن ولا يبرا بردها الى ما سماه وان استاجرها ذهابا وايابا الا
يعني اذا استاجرها الى موضع فجاوز الى موضع اخر ثم ردها الى الاول ثم نفقت فهو ضامن
قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لينتهي العقد بالوصول الى الاول فلا يصير
بالعود مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى يصير نائب المالك والرد الى
النائب رد الى المالك معنى واما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا
خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على اطلاقه وفرق بينه وبين المودع ان المودع
مامور بالحفظ مقصودا وكل من هو كذلك يبقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة
الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد رد الى نائب المالك والمستاجر والمستعير مامور
بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى
انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد رد اليه ولا يبرا الا بالرد الى
المالك او نائبه • وان نزع سرج الحمار واسرجه بما يسرج به مثله لا يضمن لان
الاذن قد يتناوله اذ لا فائدة في التقييد بالمعين الا اذا كان زائدا في الوزن فيضمن
الزيادة بحسابه • وان اسرجه او اوكفه بما لا يسرج او لا يوكف به مثله ضمن جميع قيمته
لان الاذن لم يتناول ما لا يسرج مثله الحمير ولا خلاف جنس السرج فيكون متعديا به
بالاسراج ولا يطاق فيضمن جميع قيمته وكذا ان اوكفه بما يوكف به مثله ضمن عند
ابي حنيفة وقالا الايكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان مثله يوكف الحمير الا اذا كان زائدا
على السرج الذي كان عليه ف يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط لانه هو السرج
سواء مادام بالسرج يكون راضيا بمثله من الايكاف ولابي حنيفة ان الايكاف ليس من
جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الاخر فصار
كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر
من الحنطة فكان مخالفا • وان سلك الحمال طريقا غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس
فلا ضمان عليه ان لم يتفاوت الطريقان لان التقييد اذا غير مفيد • وان تفاوتا
بان كان احدهما او عرا او ابعد او اخوف او كان لا يسلكه الناس او حمله في البحر فيما يحمله
الناس فيه فتلف ضمن لصحة التقييد وحصول المخالفة ولتحقق التفاوت بين البر والبحر حتى
ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود
وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة • وان عين الموجر ذرع بر فزرع المستاجر
رطبة ضمن ما نقصت الارض بزرع الرطبة لان الرطاب اكثر ضررا من البر لانتشار عروقها
فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان

ولا اجر عليه لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا يجب الاجرة
به ولا يجب بالاستيفاء بحقيقة الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة ان يكون
الشيء الواحد مأذونا فيه وغير مأذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان والاجرة وان
زرع فيها ما هو اقل ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف
الى خير فلا يصير به غاصبا ۝ وان امر بخياطة الثوب قميصا فخاطه قباء فخير
المالك بان يضمنه قيمته وبان اخذ القباء ودفع اجر مثله لا يزاد على ما سمى قيل معناه
القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه
لانهما يتقاربان في المنفعة لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص ففيه الموافقة
والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز
المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة وكذا لو امر بقباء فخاطه سراويل يخير في الاصح
لوجود الاتحاد في اصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة في
نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا بان يضرب له شيئا من الاواني فضرب
له خلافه فانه يخير فكذا هذا وقيل يضمنه هنا بلا خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة

باب الاجارة الفاسدة

يجب فيها اجر المثل لا يزاد على المسمى هذا اذا لم يكن الفساد
لجهالة المسمى او لعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى او لعدم التسمية يجب اجر مثله
بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمي دابة
او ثوبا او يستأجر الدار او الحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرهما او يرمهما
وقال الوالد استأجر دارا على ان لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكن
اجر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لان المنافع متقومة
عندهما فيجب القيمة بالغة ما بلغت عند تعذر ايجاب المسمى كما في الاعيان وكذا اذا كان الفساد
لجهالة الاجر ولعدم التسمية ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان المتقوم
يستدعي سابقة الاحراز ولا احراز لما لا بقاء له لانها اعراض فلا تتقوم وانما تتقوم
بالعقد شرعا للضرورة لشدة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب ان
لا تجب الاجرة لعدم العقد ولا ضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد
الا ان الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له وكانت الضرورة
باقية من وجه لان كل احد لا يهتدي الى الصحيح فمست الحاجة الى الحاقه فيكون له قيمة
في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغا ما بلغ وفيما
زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فلا يتقوم ويبقى على الاصل بخلاف المبيع لانه
متقوم لنفسه فيجب قيمته بالغة ما بلغت ولا نهاية للمجهول ولا تعيين للمسمى فيجب بالغا
ما بلغ ۝ ومن استأجر دارا كل شهر بكذا صح العقد في شهر فقط الا ان يسمي جملة الشهور
لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول ولا فرد له معلوم تصرف الى الواحد لكونه معلوما ففسد في

الباقي لجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا
وهذا عند ابي حنيفة ظاهرا لانه سوى بين البابين وهما اجازاه في المشهور واجاز العقد
في الكل في الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة
متناهية فيرتفع الجهالة بالكيل فلهذا اجازاه في الكل ولا معنى لقولهم من ان العقد
صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل مخالف للدليل فلا يعتبر ثم
اذا تم الشهر كان لكل واحد نقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط ان يكون الاخر
حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الاخر وعند
ابي يوسف يجوز كانه بني على الفسخ بشرط الخيار وبتسمية جملة الشهور تصير المدة معلومة
فصح وكل شهر سكن منه ساعة صح فيه وسقط حق الفسخ لانه صار معلوما فتم العقد
فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي وهذا قول بعض المشايخ وظاهر
الرواية بقاؤه في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار الساعة حرجا عظيما
والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها عرفا والذي
الجاه ذكره محمد في كتاب الاجارات فمن طلب يتمكن منه في رأس الشهر فقضاه في
الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها لم يخنه استحسانا ولو ضمن في اثناء الشهر لم ينفسخ
ولو قدم اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الاجرة لا يكون لواحد منهما فسخ في قدر المعجل اجرته
لانه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد ۝ وان استأجر دارا
سنة بكذا صح وان لم يبين قسط كل شهر لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة
والاجرة كما اذا استأجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم فاذا صح وجب ان يقسم الاجرة
على الشهور ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان ۝ وابتداء المدة ما سمى
بان يقول من شهر رجب من هذه السنة وان كان لم يسم شيئا فوقت العقد لان
الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كما في الاجال
بان باع الى شهر والايمان بان حلف لا يكلم فلانا شهرا حيث يعتبرهما الابتداء بعد الفراغ
من الكلام فان كان العقد حين يهل الهلال تعتبر بالاهلة لان الاهلة اصل في الشهور
قال تعالى قل هي مواقيت للناس وان كان لم يكن العقد حين يهل بان كان بعد مضي شيء
من الشهر فالسنة تعتبر بالايام اي يعتبر كل شهر ثلاثون يوما لان الاصل
اذا تعذر يصار الى البدل وهذا عند ابي حنيفة وعند محمد اذا كان ابتداؤها في
اثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير والباقي بالاهلة وابو يوسف
معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية اخرى لان الايام بدل عن الاهلة
الاصل لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين
يوما ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الاصل ولا تعذر الا في الشهر الواحد وهو
الاول وقد امكن تكميله من الاخير فيكمل ويبقى غيره على الاصل ولابي حنيفة انه لما تعذر

اعتبار الشهر الاول بالهلال تعذر في الباقي ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما
يليه والاول ان يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده من الاول فهو كامل
فاذا كمل من الثاني انتقض الاخر فوجب تكميله من الذي يليه وكذا كل شهر الى اخر المدة
فوجب اعتباره بالايام ضرورة وكذا العدة وقد بيناه في الطلاق ٥ ويجوز اخذ
اجرة الحمام لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل الحمام بالجحفة ولتعارف الناس
قال النبي عم وما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما
روي عن عبادة بن عقبة انه قال قدمنا على عثمان بن عفان فسالني عن مالي فاخبرته
ان لي غلاما او حماما له غلة فكره لي غلة الحجام وغلة الحمام وقال انه بيت
الشيطان فسماه رسول الله عم شر بيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه
الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره
اتخاذ حمام للنساء لانهن ممنوعات من الخروج وقد امرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن
فلا يخلون عن الفتن وقد روي ان نساء دخلن على عائشة رض فقالت انتن من
اللاتي يدخلن الحمامات وامرت باخراجهن والصحيح انه لا باس ببناء الحمامات للرجال
والنساء للحاجة اليه لان النساء يحتجن الى الاغتسال مثل الرجال بل حاجتهن
اكثر لكثرة اسباب الاغتسال في حقهن من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال
الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن من الاستيعاب به وازالة الوسخ مقصود
عقلا بدخول الحمام وكراهة عثمان وعائشة محمول على انه لا كان يودي الى كشف
العورة ٥ ويجوز ايضا اخذ اجرة الحجام لما روي ان النبي عم احتجم واعطى اجرته
ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن النبي عم الى يومنا هذا فانعقد اجماعا عمليا
وقالت الظاهرية لا يحل لما روي ان النبي عم قال له رجل ان لي عيالا وغلاما حجاما
فاطعم عيالي من كسبه قال نعم ٥ ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس لقوله عم ان من
السحت اجر عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو
الاحبال فلا يجوز اخذ الاجر عليه ولانه اخذ المال بمقابلة الماء وهو غير متقوم فلا قيمة
له فلا يجوز اخذ الاجر عليه ٥ ولا على الطاعات كالاذان والحج والامامة وتعليم القران والفقه
وقال الشافعي يجوز فيما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين
عليه فيجوز ولكونه عبادة لا ينافي ذلك الا ترى انه يجوز الاستيجار على بناء المسجد واداء
الزكوة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عم اقرؤا القران ولا تاكلوا به وعهد النبي
عم عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت
كانت للعامل فلا يجوز له ان ياخذ الاجر على غيره وصار كالصوم والصلوة ولان التعليم
مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما بما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف
بناء المسجد واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليه الاجير وكذا الاجير يكون للامر

لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط اهلية المامور فيها بل اهلية الامر حتى جاز ان
يستاجر الكافر فيها ولا يجوز فيما نحن فيه والاصل فيه ان كل شيء جاز ان يستاجر الكافر
عليه جاز ان يستاجر عليه المسلم ومالا فلا ٥ ولا على المعاصي كالغناء والنوح
والملاهي لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر
من غير ان يستحق هو على الاجير شيئا اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد
منهما على الاخر ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث
انه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وان اعطاه الاجر و
قبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه ولو استاجر من له القصاص رجلا
ليقتله فلا اجر له خلافا لمحمد ولو استاجر القاضي رجلا ليقوم في مجلس القضاء
ويقيم الحدود جاز ولو استاجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استاجره لاستيفاء
القصاص فيما دون النفس جاز ٥ ويفتى اليوم بالجواز اي بجواز الاستيجار على الامامة
وتعليم القران والفقه وهو مذهب المتاخرين من مشايخ بلخ واستحسنوا ذلك وقالوا بنى
اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم
عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة
يعينونهم على معاشهم ومعادهم فكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا
من ذهاب القران وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ
القران واما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم
حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم يمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب
التعليم بالاجر لذهب القران فافتوا بجواز ذلك وراوه حسنا وقالوا الاحكام قد
تختلف باختلاف الزمان الا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمان النبي عم
وفي زمان ابي بكر رض حتى منعهن عمر رض واستقر الامر عليه وكان ذلك هو
الصواب وكان الامام ابو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس عليه الوالد
في النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا ثم قال اوردها في روضة
الزندوسي كان شيخنا ابو محمد عبد الله الخيزاخزي يقول في زماننا يجوز للامام
والمؤذن والمعلم اخذ الاجر كذا في الذخيرة ولا يجوز استيجار المصحف وكتب
الفقه لعدم التعارف ٥ ويجبر المستاجر على دفع ما سمي من الاجرة ويحبس
به ويجبر على دفع الحلوة المرسومة وهي هدية تهدى الى المعلمين على راس بعض
سور القران سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى ٥ ولا تصح اجارة المشاع
الا من الشريك عند ابي حنيفة وعندهما تصح مطلقا بشرط بيان نصيبه
وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما ان المشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية
او بالتهايؤ ولهذا يجب اجر المثل عنده فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين بين

كالشيوع الطارى بان مات احد المستأجرين وكالعارية وهي اقرب اليها لان العارية
لا انتفاع بها الا انها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع بها لما جاز اعارته فاذا جاز اعارته
فاولى ان يجوز اجارته لان تاثير الشائع في منع التبرع اقوى من تاثيره في منع المعاوضة
الا ترى ان هبة الشائع لا يجوز وبيعه يجوز ولابي حنيفة ان المقصود من الاجارة
الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود
فيه الملك وهو امر حكمي فامكن فيه فيجوز والانتفاع به حسي فلا يمكن في الشائع فبطل الاول
انه يجوز بيع المجتمع دون اجارته لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن فيه المشتري
لا يتمكن من الانتفاع ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايؤ لانه يستحق
حكما للملك المنفعة فصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه
والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشيء يسبقه فلا يتصور ان يكون
شرط الثبوت كونه حكما متفسدا بخلاف ما اذا اجره من شريكه لانه لا شيوع في حقه لان
الكل يكون في يده غير ان البعض بحكم الملك والبعض الاخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف
السبب عند اتحاد الحاجة على انه روي عنه انه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التي تناولها
العقد لا يتأتى بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر احد
زوجي المقراض لقرض الثياب وان اجر دارا من رجلين صح اتفاقا لان العقد اضيف الى
الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما للتفرق الملك بينهما وهو طارى كما اذا
مات احد المستأجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحي شائعا وهو طارى
فلا يضر كالشيوع الطارى في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا
من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والحيلة في اجارة المشاع ان يستأجر الكل ثم
يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارى لا يفسد كما في الهبة او على الحاكم بجوازه
وفي المغني الفتوى على اجارة المشاع على قولهما ه ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة
لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق وعليه اجماع الامة
وقد جرى التعامل به في الاعصار من غير نكير وكذا يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها
عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للطبخ او
الخبز وله ان العادة الجارية بالتوسعة على الاظئار شفقة على الاولاد يرفع الجهالة
وعليها غسل الصبي وغسل ثيابه واصلاح طعامه ودهنه لان خدمة الصبي واجب عليها
لا ثمن شيء منها بل هو واجرها على من نفقته عليه فان ارضعته في المدة بلبن شاة او غذته
بطعام فلا اجر لها لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس
بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا
او صبيا لا يجوز لان اللبن للبهائم قيمة توقع الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس
للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة

ولزوجها ان يطأها لا في بيت المستأجر يعني ليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها
لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه لكن للمستأجر ان يمنعه من وطئها في
منزله لان المنزل ملكه فلا يجوز له ان يدخله بلا اذنه وله فسخها اي للزوج
فسخ اجارة الظئر ان لم تكن برضاه سواء كان الزوج ممن يشينه ان يكون امرأته
ظئرا اولا لان هذه الاجارة توجب خللا في حق الزوج وللزوج ان يمنع امرأته عما يوجب
خللا في حقه ان كان نكاحه ظاهرا بين الناس او عليه شهود لا ان اقرت به اي ليس له ان
يفسخ الاجارة في نكاح غير ظاهر بل اقرت هي لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق
من استأجرها ولاهل الطفل فسخها اي فسخ اجارة الظئر ان مرضت الظئر او حبلت لان لبن
المريضة والحبلى يضر بالصغير وهو ايضا يضرها الرضاع فكان لهم الخيار دفعا للضرر
عنها وعن الصبي ه وفسد استئجار طحان ليطحن له برا بنصفه او استئجار حمار ليحمل عليه
طعاما بقفيز منه او استئجار ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه لانه جعل الاجر بعض
ما يخرج من عمله فكون المسئلتين الاوليين في معنى الثالثة وهي المسماة بقفيز الطحان
وقد نهى النبي صلعم عنه وهو اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات والمعنى فيه ان
المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير لان حصوله بفعل الاجير
والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره فيفسد ولانه جعل الاجر شيئا لا يمكن تسليمه الا بعمل
الاجير الذي يجب عليه بحكم العقد فيكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد
فيصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما وكذا لا يصلح قائما به واذا ثبت فساد
العقد يجب اجر المثل في الكل لا يجاوز المسمى بخلاف ما اذا استأجره ليحمل له
نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شيء من الاجر لان الاجير قد
ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما
مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه
فلا يستحق الاجر هكذا قالوا ه ولو استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد عند ابي حنيفة
خلافا لهما لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا
وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه
هو العمل جاز العقد وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره
للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة
لتصحيح العقد ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل
منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وليس احدهما
اولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان
نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير
في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ

من العمل جاز ان يطالب الاجير اجره نظرا الى الاول و عند المستاجر نظرا
الى الثاني فافضى الى النزاع وحملا ذكر الوقت للتعجيل عملا بالعادة لان الغرض
قد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة ولو قال في اليوم
يعني ان استاجر رجلا ليخبز له قفيزا دقيقا على ان يفرغ منه في اليوم صح اتفاقا
لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف فكانه قال ان عملت في بعض اليوم
وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة
تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه وتلزم الجهالة ٥ وان استاجر ارضا
على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح لانه شرط تقتضيه العقد لان
الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان من مقتضيات
العقد فذكره لا يوجب الفساد وان استاجرها على ان يثنيها او يكري نهرها
او يسرقنها لا يصح لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
بقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان موجر الارض يصير
مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي
عنه وكذا لا يصح الاستيجار للزراعة بزراعة اي استيجار الارض ليزرع بزراعة
ارض اخرى لكونه بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام وكذا الركوب بركوب والسكنى بسكنى
واللبس بلبس وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان وهذا اجازت
الاجارة باجرة هي دين على الموجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا
بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا كبيع
القوهي بالقوهي نسيئة وقد تقدم بيان ان الجنس بانفراده يحرم النساء والثاني ان
الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما
هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى
لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية ثم اذا استوفى احدهما
المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية وروى الكرخي عن ابي يوسف
انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى مما لا يتقوم في منفعة هي جنسه
بالمعقود ووجه ظاهر الرواية انه استوفى المنفعة بعقد فاسد فصار كما اذا لم
يسم الاجر ٥ وان استاجر شريكه او حماره اي حمار شريكه لحمل طعام هو بينهما لا يلزمه
الاجر لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين
شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام المشترك
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا ان المعقود عليه لا يمكن تسليمه لان المعقود
عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع

وهذا نحو وطء الجارية المشتركة وضربها لانهما فعلان حسيان لا يتصور وجودهما
في الشائع ولم يتصور للاجير بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيعمل وروده على
الشائع واذا لم ينعقد لا يجب الاجر اصلا ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك
فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع
تسليم عمله لغيره وبدون التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة لان المعقود
عليه هناك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد المشترك
لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع
وبخلاف اجارة المشاع عند ابي حنيفة حيث يجب فيه اجر المثل لان فساد العقد فيه
لعجز عن التسليم على الوجه الذي وضع العقد عليه بيناه لا لانعدام الاستيفاء
اصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد
لتعذر استيفاء المعقود عليه اصلا من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور ان يكون
عاملا لغيره في تلك الحالة وقوله كراهن استاجر الرهن من المرتهن يعني لا يجوز
استيجار الشريك هنا كما لا يجوز استيجار الرهن لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى
يوجره منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك
للمنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن من الانتفاع به
من حيث انه مالك له اذ الملك هو المطلق للتصرف الا انه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق
المرتهن فاذا بطل حقه بالايجار له صار منتفعا على انه ملكه لزوال المانع • وان استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او لم يبين ما يزرع فيها لا تصح الا ان يعمم بان قال ازرع فيها ما شئت
فان زرعها ومضى الاجل عاد صحيحا وله المسمى لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها من البناء
والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى
يبين انه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل جاز استحسانا
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان
ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول
قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلثة ايام قبل مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف في
• وان استاجر حمارا الى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد فنفق لا يضمن لان
العين امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر
بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع باصله دون وصفه فلا يضمن ما لم
يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه وان بلغ مكة فله المسمى لان الفساد كان لجهالة ما
يحمل عليها فاذا حمل عليها شيئا معتادا تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد
• وان تخاصما قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة للفساد اذ الفساد باق قبل ان يرتفع الجهالة
بالتعيين بالزرع في المسألة الاولى وبالحمل في الثانية ولو استاجر دابة ثم جحد الاجارة

في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ذهب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف
لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم متى
الاستعمال لا يسقط الضمان **فصل** في ضمان الاجير ٥ الاجراء على ضربين اجير خاص
واجير مشترك ف الاجير المشترك من يعمل لغير واحد معناه من لا يجب عليه ان يخص
عمله لغيره او لم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فهو
مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر ان يعمل لغيره ولا يستحق الاجر حتى يعمل لان الاجارة
عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر لا يسلم له العوض
والمعقود عليه هو العمل او اثره فلا بد من العمل كالصباغ والقصار سميا مشتركا لان لهما
ان يعملا للعامة والمتاع في يده امانة لا يضمن ان هلك سواء كان الهلاك بسبب يمكن
التحرز عنه كالسرقة او مما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة المكابرة وان شرط ضمانه به يفتى
وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس وعندهما يضمن ان امكن التحرز عنه
كالغصب والسرقة بخلاف ما لا يمكن التحرز عنه كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر
لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان المعقود عليه الحفظ
وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا
سليما عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ فيكون داخلا تحت العقد
فيضمن بالهلاك كالوديعة اذا كانت باجر وكما اذا هلك بفعله ولابي حنيفة ومن تابعه
ان القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن
التحرز عنه كالموت حتف انفه وكالغصب من العدو المكابر ولو كان مضمونا عليه لما اختلف
الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا كالغصب والقبض على سوم الشراء او بالبيع
الفاسد وعكسه الوديعة فانه لا يضمن مطلقا ولا نسلم ان المعقود عليه هو
الحفظ بل العمل وانما وجب عليه الحفظ تبعا او اقتضاء لا مقصودا لان العمل لا يتاتى بدون
حفظ العين ولهذا لو اعطى العمل الا بعيب العين كان له جميعه ولهذا لا يقابله شيء من الاجر
ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الاجر فصار كالاجير الوحد على الوديعة
باجر لان الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل بخلاف ما اذا تلف بعمله لان العقد يقتضي سلامة
المعقود عليه وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ايضا
انهما لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول ابرهيم النخعي فتعارضت روايتاهما فلا تبقى حجة
ويضمن ما تلف بعمله اتفاقا كتخرق الثوب من دقه وزلق الحمال لان التلف الحاصل من زلقه
حصل من تركه التثبت في المشي وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري فان التلف الحاصل
به حصل من تركه التوثيق في شد الحمل وغرق السفينة من مدها لكن لا يضمن به الادمي ممن
غرق في السفينة او سقط من الدابة لان ضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية
وفي هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصبي

ولا يضمن فصاد ولا بزاغ لم يجاوزا المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه
والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضي او عزر ومات المضروب بذلك الا اذا
كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف بهما
عمله من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتني
على قوة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده
بالسليم وهو غير المساوي فسقط اعتباره الا اذا جاوز الموضع المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم
يهلك واذا هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت بماذون فيه وغير ماذون فيه فيضمن
بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع يجب عليه دية كاملة لان
الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فيجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية
لما ذكرنا وهي من النوادر واعجبها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك الاقل ولو انكسر دن
في طريق الفرات فالمالك ان يضمنه قيمته في مكان حمله ولا اجر او في مكان كسره وله الاجر
بحسابه اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد على السليم والفاسد غير
داخل فيضمن على ما بينا واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه
وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه
فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء فان مال الى كونه
متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الاجر لانه تبين انه كان متعديا من الابتداء
وان مال الى كونه ماذونا فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه
قيمته في موضع الكسر واعطاه اجرته بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بان
زلق او عثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند
ابي حنيفة لان المتاع امانة عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر وله الاجر
لانه سلم الحمل الى ذلك المكان فيعطيه اجره ولا خيار في هذه الصورة عندهما
لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهما على ما بيناه ٥ والاجير الخاص
من يعمل لواحد ويسمى اجير وحد لانه يختص به الواحد وهو المستاجر وليس له ان
يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه و
ما لم يمنعه من العمل مانع حسي كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل فيستحق
الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل كمن استؤجر للخدمة سنة او لرعي الغنم
ولا يضمن ما تلف في يده او بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه
قبضها باذنه وهذا عند ابي حنيفة ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك
كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير
رغبة في كثرة الاجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلا فيجب عليه الضمان
اذا هلك بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى في حفظها واجير الوحد يعمل في بيت المستاجر

ولا يستقبل الا عمالا من غيره فاخذنا فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع صارت
مملوكة للمستاجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا
اليه لانه فعله بنفسه ولان البناء ليس بعمل ماله العمل بل دليل انه يستحق الاجر عليه
مجموع عليه ولم يكن مضمونا عليه وان لم يعمل هذا لان المبيع منفعته وهي مسلمه
وانما الحرج في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا
عليه فلا يشترط فيه سلامته ولا يضمن الغير به الا اذا تحقق الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع
• وصح ترديد الاجر بتعيين نوعين مختلفين اي يجوز ان يجعل الاجر مترددا بين نوعين من العمل
بان يجعل له الخيار فيهما وكذا في ثلثة بان تخير ثلثة اشياء ولا يجوز اكثر منها كما
علم بيانه في البيوع وايهما وجد لزمه ما سمى له نحو ان خطته فارسيا فبدرهم
او روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى
لكل منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره بين عبدين في البيع وان صبغته بعصفر فبدرهم
او بزعفران فبدرهمين وان سكنته هذه فبدرهم او هذه فبدرهمين وان ذهبت الى الكوفة
فبدرهم او الى واسط فبدرهمين وكذا صح لو ردد بين ثلثة لا بين اربعة على ما بيناه في
البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا يشترط الخيار هنا •
ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم او غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا
فله اجر المثل لا يجاوز نصف درهم وفسد الشرطان لان ذكر اليوم للتاقيت وذكر
الغد للاضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم
الدليل على المجاز لا سيما اذا كان حمله على المجاز يؤدي الى الفساد وكل واحد منهما معلوم و
بدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومي والبغدادي حالة الانفراد لانه لو حمل على التاقيت
يفسد العقد لانه تعيين العمل مع تعيين الوقت لا يجتمعان فصرنا الى المجاز بدلالة ماهما
لا مقصودهما الصحة دون الفساد ولابي حنيفة ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة
والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر
اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لان تعيين العمل مع التاقيت
مفسد فان تعيين العمل يوجب كونه اجيرا مشتركا وتعيين الوقت لا يوجب كونه اجيرا
مشتركا وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كيلا يفسد فحملناه على التعجيل
وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على ارادة الحقيقة
وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم
واذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لان المعلق متاخر بمجيء الغد والتسمية الاولى
باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد فان خاطه فيه يجب عليه اجر المثل لا يزاد على
على نصف درهم في الصحيح لانه المسمى فيه بخلاف مسئلة خياطة الرومية والفارسية لانه
ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما بدل مسمى

على انفراده معلوم فافترقا ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند
ابي حنيفة لانه لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فاولى ان لا يرضى الى ما بعد الغد
والصحيح على قولهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه • ولو قال ان سكنت
هذا الحانوت عطارا فبدرهم او حدادا فبدرهمين جاز فايهما فعل فعلى هذا
الخلاف ولو قال ان ذهبت بهذه الدابة الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها الى القادسية
فبدرهمين او قال ان حملت عليها الى الحيرة كر شعير فبدرهم وان حملت كر بر
فبدرهمين جاز لان الاجرة والمنفعة مجهولان لان الاجر في الاجير الخاص يجب
بالتسليم من غير عمل لا يدري اي العملين تنعقد واي التسميتين يجب وقت التسليم
بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجرة لا تجب فيها الا بالعمل وبه ترتفع
الجهالة وعلى هذا التقرير في اليوم والغد لانه عندهما كمسئلة الرومية والفارسية
فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة عندهما ان الاجر متى
وجب بالتسليم لا يجوز ان يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري ايهما يجب فالاجارة
تفسد ولابي حنيفة انه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما اجرا معلوما
فوجب ان يجوز كما في مسئلة خياطة الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع
فالظاهر انه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب
بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند
بعض المشايخ اذ ليس احدهما باولى من الآخر فيجعل التسليم هنا والصحيح انه يجب اقل الاجرين
لانه لا يكون اكثر ضررا من الانتفاع باقلهما ضررا • ولا يسافر بعبد استاجره للخدمة
بلا اشتراطه لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه
عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق يتقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له
ان يحمله الخدمة السفر لانه اشق الا ان يشترطا او يكون وقت الاجارة متهيئا
للسفر او عرف ذلك لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن
لانه صار غاصبا ولا اجر عليه • ولو استاجر عبدا محجورا فعمل اخذ الاجر
لا يسترده منه يعني لو استاجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل واعطاه
الاجر ليس للمستاجر ان ياخذه منه والقياس له ان ياخذه لان عقد المحجور
عليه لا يجوز حتى على هلاكه المستاجر لانه بالاستعمال صار غاصبا وهذا
يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع
على ملكه فكان له ان يسترده وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ
سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن
ملكه فليس له ان يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن
تصرف ينفع المولى الا ترى انه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا محضا للمولى

وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل يمحض نفعا في حق المولى لأنه إذا أجازه يحصل
للمولى الأجر بغير ضرر ولو لم يجز ضاعت منافع العبد عليه مجانا فتعين القول
بالجواز فإذا جازت الإجارة صح قبض العبد الأجرة لأنه العاقد وقبض البدل
إلى العاقد ومتى صح قبضه لم يكن للمستأجر أن يسترده منه بخلاف ما إذا
هلك العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب على المستأجر قيمته وإذا ضمن صار
مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه
الأجر وكذا الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه وسلم من العمل كان الأجر له لأنه
غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الإجارة
بعد الفراغ نفع محض وذكر في النهاية الأصل الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل
وإن أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة والخيار للعبد فأجر ما مضى للمولى
وأجر ما يستقبل للعبد وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فإن فسخ
الإجارة فأجر ما مضى للمولى وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لأنه هو العاقد
● ولو آجر العبد المغصوب نفسه فأكل الغاصب أجره لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما
لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه ولأنه أي البدل لأن المال للمولى لأن إجارة نفسه جائزة على تقدير
السلامة على ما بيناه وكسب العبد للمولى لأنه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالأخذ منه و
الإتلاف فيضمن ولأبي حنيفة أن الضمان يجب بإتلاف مال متقوم وهذا ليس بمتقوم لأن الإحراز
يكون بيده أو بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لأن الغاصب ليس بنائب عنه
والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب أيضا تبعا لنفسه
ولا مقصود أن يكون محرزا بحرز ما إذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه و
ما لم يصح في يد المولى حقيقة أو حكما بالاستيلاء لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق
في يد السارق بعد القطع ولأن الأجرة بدل المنفعة والبدل له حكم المبدل ولو أتلف
الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولأن الغاصب لو آجر العبد بنفسه وأخذ الأجرة و
أكله فلا ضمان عليه فكذا إذا آجر العبد نفسه لأن العبد في يده فيكون فعله كفعله
من وجه لأنه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لأنه هو المالك لرقبته وما تردد بين أصلين
يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب الملك عند بقاء الأجر في يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا
جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب إذا أتلفه لأن المال [illegible] وهو
العبد في ضمانه كالمبيع إذا اكتسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان
عند أبي حنيفة لأن الأصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوبة حيث يجب على الغاصب
ضمانه بالإتلاف متعديا لأنه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الأم ولهذا لو استولدها الغاصب
لا يكون الولد له ولو آجر العبد كان الأجر له وما وجده سيده أخذه أي لو وجد مولى العبد
ما في يد العبد من الأجرة أخذه لأنه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان

الملك كما في المسروق بعد القطع فإنه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك
حتى أخذه المالك وقبض العبد أجره صحيح أي لو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز
قبضه بالإجماع لأنه المباشر للعقد وحقوق العقد إليه وتصرفه نفع محض على ما مر
في عبد غير مغصوب فيصح لكونه مأذونا له في التصرف النافع ● ولو آجر عبده هذين
الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والأول بأربعة لأنه لما ذكر شهرا بأربعة
انصرف إلى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لأن الأوقات في حق الإجارة بمنزلة
الأوقات في حق اليمين لا تطلق فإذا كان الأول تنكيرها منعقد فيتعين عقيبه فإذا انصرف
الأول إلى ما يلي العقد انصرف الثاني إلى ما يلي الشهر الأول تحريا للجواز أيضا لأنه
أقرب الأوقات إليه فصار كما صرح به ● ولو استأجر عبدا فأبق أو مرض فادعى وجوده
أول المدة والمولى وجوده قبيل الإخبار بساعة حكم الحال فإن كان حاضرا أو صحيحا صدق
المولى وإلا فالمستأجر يعني لو استأجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستأجر في آخر الشهر
أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال أصابه قبل أن تجيء
بساعة حكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لأن القول في الدعاوي قول
من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر
مرجحا وإن لم يصلح حجة وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه وهذا إذا
كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا إشكال فيه لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق
عليه والظاهر يصلح له وإن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر
وهذه لا يصلح للاستحقاق وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر
يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لأنهما لما اتفقا
على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه ثم بالإنكار بعد ذلك يكون متعرضا للنقض فلا يقبل
منه إلا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقني قبل الولادة فيكون حرا
تبعا لي وقال المولى أعتقتك بعدها فلا يعتق فإن القول قول من كان الولد في يده
لأن الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول
قول من في يده الثمر وهذا كله تحكيم الحال ● ولو قال رب الثوب أمرتك أن تصبغه
أحمر فصبغته أصفر وقال الصانع أمرتني بما صنعت صدق رب الثوب وكذا الاختلاف
في القميص والقباء يعني لو قال رب الثوب أمرتك أن تخيطه قباء وقال الخياط
أمرتني أن أعمله قميصا صدق رب الثوب لأن الإذن يستفاد من جهته فكان أعلم
بكيفيته ولأنه لو أنكر الإذن بالكلية كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لأنها
تابع للأصل لكنه يحلف لأنه ادعى عليه شيئا لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف فإن حلف
ضمن الصانع قيمة ثوب غير معمول وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز
به المسمى لأنه موافق من وجه وهو في أصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة

حميلا الى بيها اشاء ٥ وان قال رب الثوب عملته لي بلا اجر وقال الصانع باجر
فالقول لرب الثوب لانه ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه
فكان القول للمنكر وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف القول للصانع
ان كان حريفا اي معاملا له بان كان يدفع اليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه
فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على انه يعمله باجر فقام
ذلك مقام الاشتراط لان العادة جرت بالدفع للعمل الذي يخالطه من غير تسمية
الاجر للعلم به وعند محمد القول للصانع ان كان معروفا بهذه الصنعة يعمله بالاجر
وقيام حاله بها كان القول قوله والا فلا لانه فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص
عليه اعتبارا بالظاهر المعتاد وجوابهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة
لانه منكر وما ذكراه من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق والظاهر يصلح للدفع
لا غير الا يرى ان ذا اليد يدفع المدعي باليد ثم اذا بيعت بجنب ما في يده دار لا يستحق
به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد

باب فسخ الاجارة

تفسخ الاجارة
بعيب فوت النفع لان العقد يقتضي سلامة البدل من العيب فاذا لم يسلم فات رضاه
فيفسخ كما في البيع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض او الرحى فان كلا منها يفوت النفع فيثبت
خيار الفسخ او اخل به اي بالنفع كمرض العبد او دبر الدابة فان الاجارة تفسخ به ايضا فلو
انتفع به معيبا او ازال المؤجر عيبه سقط خياره لزوال سببه ولذا قالوا ان العيب اذا لم يخل
بالمقصود ولم يكن يجوز للفسخ نحو ما اذا كان في الدار حائط لا تحتاج اليه الدار ولا ينتفع به في سكناها
وسقط ذلك الحائط ليس له ولاية الفسخ لان المعقود عليه المنفعة فاذا لم تمكن الخلل فيها لم
يثبت الخيار ٥ وتفسخ بالعذر وهو العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر
غير مستحق به كقلع سن سكن وجعه بعد ما استؤجر له فان العقد ان بقي لزم
قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد وطبخ لوليمة ماتت عرسها بعد الاستئجار
للطبخ لها واختلعت فان العقد ان بقي تضرر المستاجر باتلاف ماله في غير الوجه
وكذا لو استاجر دكانا ليتجر فذهب ماله فان الاجارة ان بقيت لزمه اداء اجر
الدكان وهو ممتنع بالافلاس او اجر شيئا فلزمه دين لا يجد قضاءه الا من ثمن
ما اجره ولو كان لزوم هذا الدين باقراره فانه يفسخها ويبيعه في الدين
لان على تقدير عدم الفسخ يلزمه ضرر لم يلزمه بالعقد وهو حبسه على الدين
او استاجر عبدا للخدمة في المصر او مطلقا اي غير مقيد بكونها في المصر فسافر
المستاجر فان منع مالكه عن السفر فللمستاجر ان يفسخ الاجارة لوجود العذر
وان رضي المالك بسفره فليس للمستاجر الفسخ لانتفاء العذر او اكترى دابة
للسفر ثم بدا له منه فانه عذر لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد
لانه ربما لا يكون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر او التجارة فافتقر

ولو بدا للمكاري منه فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث دابته على يد
تلميذه او اجيره ولو مرض المكاري فهو عذر في رواية الكرخي لانه لا يعرى
عن نوع ضرر فيعذر دفعا لحالة الاضطرار لا حالة الاختيار دون رواية الاصل
لما ذكرنا ٥ ولو استاجر خياط يعمل لنفسه عبدا يخيط له فافلس فهو عذر قيل
تاويله خياط يعمل براس ماله فذهب راس ماله بحيث لا يخيط بالاجر
وليس له مال فراس ماله ابرة ومقراض فلا يتحقق فيه العذر ولا ترك الخياطة ليعمل
في الصرف يعني لو استاجر خياط عبدا ليخيط له ثم ترك الخياطة ليعمل في الصرف
لا يكون عذرا اذ يمكنه ان يقعد العبد خياطا في ناحية الدكان ويقعد هو في
ناحية اخرى صرافا ولا بيع ما اجره بدون لحوق دين فانه لا يكون عذرا
ايضا ولو استاجره كاتبا للعمل الخياطة فتركه لعمل اخر فهو عذر لان الواحد لا يمكنه
الجمع بين العملين وكذا لو استاجر عقارا ثم اراد السفر يكون عذرا وتنفسخ الاجارة
بموت احد العاقدين عقدها لنفسه لانه لو بقيت يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقة بالعقد لانتقالها الى الوارث وهو لا يجوز فان عقدها لغيره
فلا ينفسخ كالوكيل والوصي ومتولي الوقف لبقاء المستحق عليه والمستحق
حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا واذا مات احد المستاجرين او المؤجرين
بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر بطلت في نصيب الحي
ايضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة فيكون كالمقارن قلنا الشيوع يمنع
وجودها في الابتداء دون البقاء كالشهادة في النكاح

مسائل منثورة

ولو احرق حصائد ارض مستاجرة او مستعارة فاحترق شيء في ارض غيره
لا يضمنه لان هذا تسبيب وشرط الضمان فيه التعدي ولم يوجد
فصار كما لو حفر بئرا في ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما في
ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لان
المباشرة علة فلا يسقط حكمها بعذر والسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي
ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد مثله مباح فلا يضاف التلف اليه قال شمس
الائمة السرخسي هذا ان كانت الريح هادئة حين اوقد النار ثم تحركت لانه
لا صنع له في تحريكها وان كانت الريح مضطربة ضمن لانه يعلم انها لا تستقر
فلا يعذر فيضمن وذكر في النهاية انه لو وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيئا ضمن
لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شيء فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخ فعله
٥ ولو اقعد خياطا او صباغا في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف جاز فان صاحب
الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة لكن لا يكون حاذقا في العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه
العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استاجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز

الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه في الحقيقة فان هذا بوجاهته
يقبل وذاك بحذاقته يعمل فينتظم المصلحة ولا تضره الجهالة فيما يحصل ولو
استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد والقياس
ان لا يجوز وهو قول الشافعي لان المحمل مجهول فيفضي الى المنازعة وجه الاستحسان
ان المقصود هو الراكب والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المعتاد
وكذا اذا لم ير الوطاء وهو المهاد والدثر وهو ما يلقيه المرء على نفسه والمراد ما
يلقيه الراكب على نفسه وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه ابعد من الجهالة
واقرب الى العلم بتحقق الرضى منه • وان استأجره لحمل زاد فاكل منه فله رد
عوضه لانه يستحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله ان يستوفيه • ولو قال
للغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر كذا فلم يفرغ فعليه المسمى لانه اذا عين
الاجرة ورضي بها الغاصب ظاهرا انعقد بينهما عقد اجارة فان جحد الغاصب ملكه
فانه لا اكره لم يكن راضيا بالاجارة او لم يجحد ولكن قال لا اريدها باجرة لانه صرح
بعدم رضاه وان برهن صاحب الدار على ملكه بعد جحود الغاصب • ومن يجر ما استأجره
باكثر يتصدق بالفضل • وتصح الاجارة مضافة الى الزمان المستقبل لان الاجارة
تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة
وكذا فسخها اي تصح فسخ الاجارة اعتبارا بالاجارة فيجوز اضافتها والمزارعة والمعاملة
وهي المساقاة اجارة لان من يجيزهما يجيزهما على انهما اجارة فيجوز اضافتهما
لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك يجوز اضافته على ما بينه
والكفالة التزام في الابتداء فيجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن
فيها معنى المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط ملائم بخلاف الوكالة
فانه يجوز تعليقها بمطلق الشرط اذا كان متعارفا والايصاء وهو اقامة الشخص
مقام نفسه في التصرف بعد الموت والوصية وهي تمليك المال بعد الموت لا يكونان
الا مضافين اذ الايصاء في الحال لا يتصور الا ان جعل مجازا عن الوكالة والقضاء
والامارة يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما ولاية و
تفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم امر
زيدا بن حارثة رضي الله عنه ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة
رواه البخاري لا البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة
والصلح عن مال وابراء الدين لعدم فلا يصح اضافة هذه الاشياء الى الزمان المستقبل
لانها تمليك وقد امكن تنجيزها في الحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان
الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه في الحال فكذا الوصية واما الامارة والقضاء فمن باب
الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد سبق بيانه في كتاب البيوع

كتاب المكاتب

الكتابة تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل سمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه
ضم حرية اليد الى حرية الرقبة ولان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا ولان كلا منهما
يكتب الوثيقة وهو ظاهر ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل
معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق
آجلا ورغبة العبد في الحرية وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك
الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان
على المولى بالجناية عليه او على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الاداء ومن جانب
المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل في الحال وثبوت حقيقة الملك عند الاداء •
ومن كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حالا او مؤجلا او منجما فقبل صح لقوله تعالى والذين
يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية مطلقة فيتناول
جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب ولان داود
الظاهري يجب عليه اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله تعالى امر به والامر
للوجوب قلنا الامر قد يكون للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى
وآتوهم من مال الله فانه للندب فكذا الكتابة والمراد بالخير المذكور في الآية هو ان لا
يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل
الوفاء واداء الامانة والصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال تعالى ان ترك خيرا
اي مالا وكذا لو قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اولها كذا واخرها كذا فاذا اديته
فانت حر وان عجزت فقن فقبل صح استحسانا والقياس ان لا يكون مكاتبة لان التنجيم
فصول الاداء وله ان يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة وقوله
ان اديته فانت حر هو تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان
ان العبرة للمعاني دون الالفاظ وهذا في معنى الكتابة هنا مفسرا فينعقد به
كما اذا اطلق الكتابة بل اولى لان المفسر اقوى وقوله اذا اديته فانت حر لا بد منه
لان ما قبله محتمل يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة ويترجح جهة الكتابة وقوله وان
عجزت فقن فضلة من الكلام غير محتاج اليه في الكتابة • ولو قال اذا اديت الي الفا
كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق بالاداء بل هي رخصة واحدة في رواية ابي حفص وليس
بمكاتبة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه موجود في سائر
الديون وقد خلا الكتابة عنه فلم يوجد ما يختص به الكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الصحيح
وقيل مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد
لسيده الا بالكتابة فيعلم بذلك ان مقصود المولى الكتابة لان التقسيط للتخفيف
والتخفيف لا يكون الا بعد الوجوب وذلك بالكتابة • واذا صحت الكتابة خرج المكاتب

من يد المولى لان موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب وهذا لا يكون للمولى منعه من
الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لان المقصود من
الكتابة ان يتمكن من اداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج دون
ملكه لقوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم رواه ابو داود وقوله عم ايما
عبد كوتب على مائة اوقية فاداها الا عشر اوقيات فهو رقيق رواه ابو داود والترمذي
واحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لان العقد يقتضي
المساواة واختلف الصحابة رضي الله عنهم فذهب علي رضي الله عنه انه يعتق بقدر ما ادى اعتبارا
للجزء بالكل وبه تساويان فيما سلم لهما من البدل ومذهب ابن مسعود انه يعتق اذا ادى
قدر قيمته لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب
ابن عباس انه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا في ذمته كانه جعل الكتابة واردة
على الذمة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت انه لا يعتق منه شيء حتى يؤدي الكل وبه اخذ
علماء الامصار لما روينا وقد ثبت له بعض احكام الحرية على ما بيناه ● وان اتلف المولى
ماله ضمنه وكذا ان وطئ المكاتبة او جنى عليها او على ولدها لانه بعقد الكتابة خرج
من يد المولى وصار المولى كالاجنبي فصار احق بنفسه وكسبه ليتوصل الى المقصود
بالكتابة وهو حصول الحرية لها والبدل للمولى بناء على انها احق بمالها ونفسها ولولا ذلك
لاتلف المولى ما في يدها ولم يحصل لها الغرض المبتغى ومنافع البضع ملحق بالاجزاء فيجب عليه
عوضه وهو العقر عند اتلافه بالوطي وانتفى الحد للشبهة ● وان كاتبه على قيمته
فسدت لانها مجهولة القدر لانها تختلف باختلاف المقومين وكذا جنسا مجهول
لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما فتتفاحش
الجهالة فان اداها عتق لانها هي البدل وجهالتها انما اثرت في فساد العقد لا في اعتبارها
فيه وكذا لو كاتبه على عين لغيره بتعيين المتعين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل
والموزون غير النقدين مثل ان يقول كاتبتك على هذا العبد وهو لغيره فسدت الكتابة
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة ان الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد و
سلمها الى المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهوم
فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة
على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك
العين ليس في قدرة العبد فلا يصح تسميته او على مائة ويرد عليه عبدا بغير عينه
يعني لو كاتبه على مائة من الدراهم والدنانير على ان يرد عليه المولى عبدا
بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يجوز
وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد والباقي
بدل الكتابة لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا

للاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود
وقالا بالموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد
عينه من الدراهم او الدنانير غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا
لتفاحش الجهالة من حيث الجنس وحده الوصيف في العبد ما قيمته اربعون
درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى
قيمة المكاتب لان عقد الكتابة ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من
قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في
الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوسط فيه نظر للجانبين
ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء لانها اصل من حيث ان البدل
يخرج به عن الفساد كما اذا تعين المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة
ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فصحت مع جهالة البدل بجهالة
الاوصاف فيه حتى لو وقعت الكتابة على الحصاد والدياس والحطاب صحت الكتابة و
قد ثبت ان ابن عمر رض اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وصيف وهو العبد
للخدمة وان كاتب المسلم على خمر او خنزير فسد لانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصح عوضا لان
تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل لصحته يوجب فساد العقد قال
اداه اي الخمر والخنزير عتق لان العقد منعقد وان كان فاسدا فينعقد بالاداء
ولزمه قيمة نفسه لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق
فيجب عليه قيمته كما في البيع الفاسد اذا اعتق المشتري المبيع او تلف في يده
والكتابة على ميتة او دم باطلة لانها ليست بمال فلا يعتق باداء المسمى الا اذا
قال ان اديت الي فانت حر فيعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه ولا يمكن ان
يعتبر فيه معنى العقد ويجب القيمة في الكتابة الفاسدة بالغة ما بلغت اذا كانت من
جنس المسمى ولا ينقص عن المسمى ان كانت ناقصة عنه ويزاد عليه اي على المسمى ان كانت
زائدة عليه لان الواجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته
بالغة ما بلغت لان المولى لم يرض بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق
فيجب ذلك ● وصحت الكتابة على حيوان ذكر جنسه كالعبد لا وصفه ونوعه ولزم الوسط
او قيمته ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد منهما اصل
فالعين اصل تسمية والقيمة ايضا اصل لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا ● وصح
كتابة كافر عبده الكافر على خمر مقدرة لان الخمر مال متقوم في حقهم كالعصير في حق المسلم
فيصح تسميته اذا كان المسمى معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه
يقع فاسدا ويجب فيه القيمة واي اسلم فللسيد قيمتها لان المسلم ممنوع عن تمليك
الخمر وتملكها وعتق العبد باداء عينها لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء المسمى

باب تصرف المكاتب

له اى للمكاتب ان يبيع ويشترى ويسافر لان مقصود السيد من العقد الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان فى الحضر فيحتاج الى الخروج الى السفر وله ان يبيع بالمحاباة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك اظهارا للمسامحة واستجلابا لقلوب الناس كى يكثر معاملوهم فيكثر بيوعهم وتصرفاتهم كلا فيصل الى مقصوده فلا بد منه وقد يحابى فى صفقة ليربح فى اخرى وان شرط عدمه اى عدم السفر لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافعه واكسابه وان لا يتحكم عليه احد ويحصل المال باى وجه شاء وذلك بان يتصرف كيفما شاء وينفرد به لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات والاماكن خصوصا فى السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى واخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله فكان شرط عدمه من ذلك فهو مخالف لموجب العقد فيبطل هو دون العقد لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان داخلا فى صلب العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل اداء البدل فيبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن فى صلب العقد مثل ان يشترط خدمته وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء فلا تبطل به اذا لم يتمكن فى صلب العقد كاشتراطه ان لا يخرج من البلد ويزوج امته لانه من باب الاكتساب لانه يملك المهر ويسقط نفقتها عن نفسه ويكاتب عبده لان عقد الكتابة للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة انفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل الى يده فان ادى بعد عتق الاول فولاؤه له اى ان ادى المكاتب الثانى الكتابة بعد عتق المكاتب الاول فولاء الثانى للاول لان الاول اهل عتق ومعتقه المكاتب الاول وهو اهل للولاء عند عتق الثانى وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فيثبت الولاء له ضرورة وان قبله فللسيد اى ان ادى المكاتب الثانى الكتابة قبل عتق المكاتب الاول فولاء الثانى للمولى لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل المكاتب الثانى معتقا له لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول من المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء فى ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس معتق مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهى الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب وليس له ان يتزوج بلا اذن اى لا يملك التزوج بغير اذن مولاه لان فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب مال وفى حق ما ليس فيه فهو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه

ويملك التزوج باذن المولى لان الحجر لاجله لما ان ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما الا غير خروجه عن ملك المولى يدا ولثبوت ملكه فى الرقبة ولا يهب ولو بعوض ولا يتصدق الا بيسير لانهما تبرع وهو ليس من اهله الا ان اليسير منه من ضرورات التجارة فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل ولا يقرض لانهما تبرع محض وليسا من ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولا فرق فى الكفالة بين ان يكون فى المال او فى النفس وبين ان يكون بالامر او بغير الامر لان الكل تبرع ولا يعتق ولو بمال لانه ليس باهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على المال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين فى ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب ولا يزوج عبده لانه تعييب له ونقص للرقبة لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب فى شىء ولا يبيعه من نفسه وبيع العبد من نفسه اعتاق وهو ليس باهل للاعتاق والاب والوصى فى رقيق الصغير كالمكاتب اى كل تصرف يملكه المكاتب فى عبده يملكانه فى رقيق الصغير وما لا فلا فانهما يملكان فيه تصرفا يحصل به المال للصغير كالمكاتب يملك كسب المال فحكمهما حكمه فيملكان كتابة عبده لا اعتاقه على مال وبيع عبده من نفسه ويملكان تزويج امته لا اعتاقه على مال ولا يملك المأذون شيئا من ذلك عندهما وعند ابى يوسف له تزويج امته لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه انه ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا يملكه وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك شركة مفاوضة او عنان وان اشترى المكاتب ابيه وابنه دخل فى كتابته لان المكاتب من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فجعل كل منهم مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان واقواهم دخولا الولد المولود فى كتابته ثم الولد المشترى ثم الابوان وعن هذا تتفاوتون فى الاحكام فان المولود فى كتابته يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء سعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا رد الى الرق والوالدان يردان الى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود فى الكتابة تبعيته ثابتة للملك والبعضية بينهما حكما فى حق العقد لا حقيقة فى حقه اذ لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا البعضية فانهما ليسا بعضا له فاختلفت الاحكام لذلك ولو اشترى ذا رحم محرم غير الولاد لا يدخل فى كتابته عند ابى حنيفة خلافا لهما لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه ويجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهب لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم ولابى حنيفة ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكوة اليه ولو وجد كنزا غير ان الكسب يكفى للصلة فى الولاد الا يرى ان القادر على الكسب يخاطب

نفقة الوالد والولد ولا يكفي في عتقها حتى لا تخاطب الام بنفقة اصلية اذا كان موسرا
والرجوع في الكتابة بطريق الصلة مختص بوجوب محله ولان هذه قرابة تشبه بني الاعمام
في حق بعض الاحكام كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكوة
وتشبه الاولاد في حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين شيئين منهن في
النكاح فالحقناها بالاولاد في العتق وبني الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما لان العمل
على هذا الوجه اولى من العمل على عكسه لان العتق السريع نفوذا من الكتابة فان احد الشريكين
اذا اعتق نصيبه ليس لآخر ان يبطله ولو كاتبه كان له ان يبطله • وان اشترى المكاتب
ام ولده مع ولدها منه دخل الولد في الكتابة ولا يباع الام لانها تبع له لقوله ع ص
اعتقها ولدها ولا يدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز
له ان يطاها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها عتق ابوها الا ان تبيعه كما كان
لان الحرية لم تثبت من جهته على ابنها من قبل • وان لم يكن الولد معها جاز بيعها عند ابي حنيفة
خلافا لهما لانها ام ولد له فصار كالحر اذا اشترى ام ولده وحدها بدونه ولابي حنيفة
ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها الولد لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي فيتم
له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد اذ لو تعلق
به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ
الكتابة فحينئذ يلزم ان يجعل الشيء الذي غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق
التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه والمكاتب
موقوف فلا يجوز ان يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يمتنع بيعها تبعا للولد هاهنا وما ثبت
تبعا ثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه • وولده
اي ولد المكاتب من امته دخل في كتابته لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه في الكتابة
وكسبه له اي يكون كسب الولد للمكاتب لانه في حكم مملوكه كما كان قبل الدعوة اذ لا ينقطع
بالدعوة اختصاصه وكذا الولد من المكاتبة ولذا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود
تسري اليه الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فاذا
سرى اليه صار حكمه حكم امه فكانت هي احق به وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه
• ولو زوج المكاتب امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه دخل الولد في كتابة الام وكسبه لها
لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت احق بكسبه من الاب
لانه لا ملك له عليها حتى يسري الى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا
عن ولدها وكانت هي احق به لانه جزؤها فصار كنفسها • ولو نكح مكاتب بالاذن
امرأة زعم انها حرة فولدت فاستحقت فولدها عبد فليس له ان ياخذه بالقيمة
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ولدها حر بالقيمة فيعطيها
للمستحق في الحال اذا كان التزوج باذن المولى لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور

لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد • ويؤخذ منه قيمته بعد عتقه ثم
لا تغرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين
والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية
لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان المغرور حرا باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم
وولد المكاتب ليس في معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق الحر مجبور بقيمة واجبة
في الحال وفي العبد بقيمة متاخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة •
وان وطئ المكاتب امة على انه يملكها بغير اذن سيده فاستحقت اخذ منه عقرها في الحال وكذا
ان اشتراها شراء فاسدا فوطئها فردت • وان وطئها بنكاح لم يؤخذ منه الا بعد عتقه ومثله
المأذون في التجارة فان كان او مدبرا لان التزوج ليس من الاكتساب ولا من باب التجارة
فلا ينتظمه الاذن بالتجارة ولان الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤخذ به
في الحال بخلاف ما اذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لان الاذن بالتجارة او الكتابة يتناول الشراء
الفاسد على ما بيناه فيكون ظاهرا في حق المولى وبخلاف ما اذا اشترى امة فوطئها ثم استحقت
حيث يؤخذ بالعقر في الحال لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشتري لا يسلم له
صوما يكون ان يستحق فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما وجب وانما وجب الحد
باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب فلا يتناوله الاذن
ولا عقد الكتابة فيتاخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا
الطريق بغير اذن المولى **فصل** اذا ولدت المكاتبة من مولاها مضت على الكتابة
او عجزت نفسها وهي ام ولده لانها لما ولدت من مولاها صارت ام ولد له تلقتها
جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة واجلة بغير بدل وهي امومية الولد فتختار
ايتهما شاءت لانه صدقها ان ادعى او كذبها لان للمولى حقيقة الملك في
رقبتها وهي احق الملك والحقيقة راجحة حيث ثبت من غير تصديق ونسب ولدها ثابت
من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او اكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق
في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غير رضاها
فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الاولى • وان مضت على الكتابة اخذت منه
اي من سيدها عقرها لكونها اخص بنفسها واكسابها • وان مات المولى عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها البدل اي بدل الكتابة لانها ما التزمت البدل الا لتسلم
لها نفسها بمقابلته بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة اخرى لم ترض بتسليمه له
او لورثته عيانا فلا يجب عليها • وان ماتت وتركت مالا ادي منه كتابتها وما بقي ميراث
لابنها لثبوت عتقها في اخر جزء من حيوتها • وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد
لانه حر ولا يثبت نسب من تلده بعده بلا دعوة لحرمة وطئها عليه بما هو شرط في الحكم
فلو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب

تبعا لها او مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو
ولدها فيتبعها ● وان كاتب مدبره او ام ولده صح لان ملكه ثابت في كل واحد
منهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة وعقد الكتابة يرد على المملوك
لحاجته الى التوصل الى مالكية اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل وثم الحاجة
في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها فيملك ما يملكه المكاتب
في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل فان مات
المولى عتقت مجانا لانها عتقت بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد
الكتابة لعدم التنافي بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا وسلم لها الاولاد والاكساب
لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه كما اذا اعتقها المولى في
حال الحيوة ولئن انفسخت الكتابة في حق نفسها بقيت في حق الاولاد والاكساب لان
الفسخ للنظر لها فبقاء الكتابة ليتبعها اولادها في العتق ويسلم لها الكسب فيجعل
كانها عتقت بالايفاء في حق الاولاد والاكساب ولان دخول اولادها في الكتابة بطريق
التبعية فيعتقون بعتقها تبعا لها ولو ادت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء وبالاداء يتقرر ولا يبطل ● والمدبر يسعى في بدل الكتابة
او ثلثي قيمته يعني لو مات مولاه بعدما كاتبه ان كان معسرا فالعبد بالخيار
بين هذين الامرين عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يسعى في الاقل من البدل
او ثلثي قيمته وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي البدل او ثلثي القيمة فالخلاف
في موضعين الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي
الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الاعتاق وعدم التجزي فعنده لما كان
متجزئا بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت فقد عتق الثلث
فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير بين الامرين وفي التخيير
فائدة لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر لانه يكون حالا
فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان
الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقي
عليه اقل الدينين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية
وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى في مرض موته
ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين و
لا يبقى عليه بدل الكتابة حالا او وجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا فلزمه اقلهما
من غير تخيير اذ لا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد فصار نظير ما اذا اعتق
عبده على الف او الفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار بالاتفاق فكذا هنا واما الكلام في
المقدار فعنده لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة

صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فسقط بازائه من البدل
الا يرى انه لو اعتق كله بالتدبير بان كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا
اعتق ثلثه به وجب ان يسقط ثلثه اعتبارا للجزء بالكل وهذا لو ادى كل البدل في حيوته يعتق كله
ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار
كما لو تقدمت الكتابة وتأخر التدبير ولهما ان المال قوبل بما يصح مقابلته به وما لا يصح
فانصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امرأته طلقتين ثم طلقها ثلاثا بالف لزم الالف كله
مقابلا بما بقي وهي الطلقة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل
مقابل بذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا
يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شيء من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه
ضرورة واذا ثبت ان بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم منه شيء للعبد
بموت المولى فلا يسقط منه شيء من بدل الكتابة ● وان دبر مكاتبه صح لانه يملك تنجيز العتق
فيه فيملك التعليق بشرط الموت وهذا يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال ان يموت
المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا ● وله الخيار ان شاء مضى عليها اي على الكتابة
او عجز نفسه وصار مدبرا لان الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك لان النفقة
والجناية على المكاتب في مال الكتابة وان عجز نفسه كان ذلك على المولى فله ان
يرفع عن نفسه ذلك فان مضى عليها اي على كتابتها ومات سيده معسرا سعى في
ثلثي البدل او ثلثي قيمته عند ابي حنيفة وعندهما سعى في الاقل من ثلثي كل منهما
فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه اما المقدار
هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل
ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة ● وان
اعتق مكاتبه عتق لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق وسقط عنه
بدل الكتابة لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه
مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جهة
المولى لكنها تنفسخ بالتراضي بالاجماع وقد وجد من المولى الاقدام على الاعتاق
ومن العبد حصول غرضه بلا عوض وبسلامة اكسابه لان الكتابة تنفسخ في حق
سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره ● وان كوتب على الف مؤجل فصالح على
نصفه حالا صح لان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا
ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لانه تعليق العتق بشرط الاداء
ولانه تبرع مع المنافاة لان الاصل ان لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده اذ
العبد وما في يده لمولاه والاصل انما دينوا من وجه فكان شبهة الشبهة فلا يعتبر

• وان مات مريض كاتب عبدا قيمته الف على الفين الى سنة ولا مال له غيره ولم تجز
الورثة ادى ثلثي البدل حالا والباقي الى اجله او رد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يؤدي ثلثي قيمته حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا لان له ان يترك الزيادة
على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتاجيل وصف فيجوز تركه وصار كما اذا خالع
المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى
بدل الرقبة بدليل اجراء احكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على
المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو لان بدل الرقبة يتعلق
به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه
فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط
ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق
به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلفوا فيما اذا باع المريض
داره بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة التاجيل فعندهما يخير
المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده
الثلث يعتبر بقدر القيمة لا في الزيادة • وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته
الفان ولم يجيزوا اي الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او رد الى الرق اتفاقا لان
المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير هو تاجيل الالف الاخرى يجب
تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكنه لما اسقط ذلك الثلث لم يبق التاخير
ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التاخير ومثله البيع
• وان كاتب حر عن عبد بالف وادى عنه عتق ولا يرجع به عليه وان قبل العبد فهو
مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب
عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق
بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق
ما للعبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القائل وموقوف في حق الاجارة
فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة
من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في
الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا
اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل
على اني ان اديت لك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا لانه لا ضرر للعبد الغائب
في توقف العتق على اداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف
العبد ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء
ولا هو مضطر في ادائه • وان كاتب عبد عن نفسه وعن اخر غائب فقبل الحاضر اي قال

العبد لمولاه كاتبني بالف درهم عن نفسي وعن عبدك فلان الغائب ففعل جاز
استحسانا والقياس ان يصح عن نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم
الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان
ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه والغائب تبعا والكتابة
على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا
بادائها وليس عليهم من البدل شيء وقبول الغائب ورده لغو لان الكتابة قد نفذت و
تمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا يتغير برده كمن كفل بدين عن غيره بغير
امره فبلغه فاجازته باطلة ولا يتغير حكمه حتى لو ادى عنه لا يرجع عليه • ولو حل الحر
بطل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يوجد الغائب بشيء لانه تبع فيه
وايهما ادى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما وهو اداء بدل الكتابة اجبر
المولى على القبول اما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه واما اذا دفع الغائب فلانه
ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا اليه كما اذا ادى ولد المكاتب
فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن
فان المرتهن يجبر على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين
وعتقا لوجود شرط عتقهما وهو اداء بدل الكتابة ولا يرجع احدهما على الاخر
بما ادى الى المولى من بدل الكتابة لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغائب
متبرع فيه غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع • وكذا لو كاتبهما معا الا ان ادّيا
عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولا يعتقان الا باداء الجميع لان الكتابة واحدة وشرطها
حريتهما معا ولا يعتق احدهما باداء حصته لما قلنا فان عجز احدهما ورد الى الرق بقضاء
او برده القاضي ولم يعلم الاخر حتى ادى الاخر جميع بدل الكتابة عتقا لانهما كشخص
واحد بخلاف ما لو كاتب الاثنين فكاتبهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب بحصته يعتق
بادائها لان كل واحد منهما انما استوجب البدل على مملوكه ويتحقق شرطه في مملوكه
لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان شرطه معتبر في حقهما لانهما مملوكان
ولو عجز احدهما ثم ادى الاخر الكل عتقا لانهما كشخص واحد • وان كاتب امة
عنها اي عن نفسها وعن صغيرين لها جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى
ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضع في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت
ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدمه ولا يشترط اذ الام الحرة لا ولاية لها
فكيف بالامة • واي ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا ولا يرجع على غيره لان
الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكذا ان الولدين ان ادى فهو متبرع غير
مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل الا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الا بين الامر
لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان الاداء كاداء الام

لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا وكذا اذا ادى احدهما قبل
وهذه فائدة وضع المسئلة في صغار دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

باب كتابة العبد المشترك

واذا اذن احد شريكين في عبد للآخر ان يكاتب حصته منه بالف ويقبض البدل ففعل وقبض البعض ثم عجز المكاتب فالمقبوض للقابض خاصة عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده وعندهما لا تتجزى واصل الخلاف في الاعتاق هل يتجزى ام لا لان الكتابة شعبة من شعبه اذ هي تفيد الحرية في الحال يدا وفي المال رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفائدة الاذن بالكتابة ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن وفائدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه عما قبض لا عتقه به القابض لان اذنه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب اخص فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله كما لو اودع اذا اذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هنا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه متبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك لان المكاتب نصفه كسبه له لا يتعرض له فيه احد لكون نصفه مكاتبا والنصف للشريك الذي لم يكاتب لان نصيبه قن فيكون كسبه له فاذا اذن للمكاتب ان يصرفه بدينه صح اذنه وتم بالقضاء دينه فلهذا كان المقبوض للقابض وان عجز المكاتب فلا يرجع الاذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولو كان الشريك الاذن مريضا وادى من كسبه بعد الاذن صح من جميع المال وان ادى من كسبه قبله صح من الثلث لانه تبرع بغير مال وفي الاول بالمنافع اذ لم يكن المال موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث لا يستقل من جميع المال عنده في العين وعندهما الكتابة لا تتجزى فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا كاتب نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا ويكون بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت ان يفسخ بالاجماع قبل ان يؤدي بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه ولو ادى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند ابي حنيفة لان العتق يتجزى عنده وللساكت ان ياخذ من الذي كاتب نصف ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كان كاتب كله بالف لم يرجع على المكاتب بشيء مما اخذه منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بالف رجع على المكاتب بما اخذه شريكه لان الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له الا نصفه فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما

اما عنده فظاهر لان نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح كتابته بعد الاول لان الكتابة تتجزى عنده فتنفذ كتابة كل واحد منهما واما عندهما فلان للساكت كان له ان يفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وايهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان ادى اليهما معا فالولاء لهما عندهم وان قدم احدهما اما دار لكاتبهما اخره احدهما عتق نصيبه عند ابي حنيفة وبقي نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية الا ان يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والاعتاق والاستسعاء العبد ان كان المعتق موسرا وبين الاستسعاء والاعتاق ان كان معسرا وعند ابي يوسف يضمن المعتق ان كان موسرا ويستسعي العبد في نصف قيمته ان كان معسرا وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الاعسار يسعى في ذلك وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق باداء نصيب احدهما اليه ولا يعتق باعتاقه وابرائه وهبة نصيبه لانه لم يبق له من قبله فيكون حكمه كالمسئلة الاولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيهما وباستيفاء نصيبه لم يعتق لان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه فلا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر ۝ امة لرجلين كاتباها فوطئها احدهما فاتت بولد فادعاه اي الواطي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الاخر فاتت بآخر فادعاه الاخر صحت دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لطريق البيان لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد لانه يملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق وضمن الثاني نصف قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة وضمن الثاني للاول تمام عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد وهو ابنه بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان يملكه قائما فاتى وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة وبالنظر الى الحقيقة فلم يكن العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة وفيه عن ابي حنيفة في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احديهما وايهما دفع العقر اليها قبل العجز جاز وعندهما لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له والثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد من الثاني ولا يضمن قيمته وحكمه كامة غيره لانه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبته بدليل ما ذكره ابو حنيفة وانها تبقى مكاتبة بينهما فيما تنقض به بالاجماع ولم تعد على ... مكاتبته وضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف لانه

ويضمن تمام العقر لان الوطي في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجابر اما الحد او العقر صح

يملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما
و يضمن الاقل منه اى من نصف قيمتها ومن نصف ما بقى من البدل عند محمد رح
لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفي نصف بدل الكتابة
على اعتبار الاداء ولا دليل متيقن فيجب الاقل ولو لم يطأ الثاني بل ادعى ولدها فعجزت بطل
التدبير وهذا بالاجماع اما عندهما فلان المستولد يملكها قبل العجز واما عنده
فلانه بالعجز ظهر انها ام ولد للاول وانه لم يكن له فيها ملك فالملك شرط لصحة التدبير
بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كان لثبوت النسب واستحقاق الولد
بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات وهذا لو اشترى امة فدبرها ثم
استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يسقط النسب وكان الولد حرا
بقيمته فكذا هنا وهي ام ولد الاول لانه تملك نصيب شريكه والولد له اى للاول
لان دعوته قد صحت وضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد
ونصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر وهذا بلا نزاع
٥ ولو كاتباها فاعتقها احدهما موسرا فعجزت ضمن المعتق لشريكه نصف
قيمتها ورجع به عليها عند ابى حنيفة خلافا لهما حيث لا يرجع عليها لانها لما
عجزت وردت في الرق صارت كانها لم تزل فيه فان لم تعجز فلا ضمان عند ابى حنيفة وعندهما
يضمن ان كان موسرا ويجب السعاية في المعسر ومبناه على تجزي الاعتاق وذلك لان
الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم تعجز فاذا عجزت حينئذ
يجعل نصيب الساكت كالهالك وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كان يوجب ذلك في القن
فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان
موسرا وتستسعى العبد ان كان معسرا فيختلف باليسار والاعسار ٥ ولو دبر عبدا شريكان
ثم اعتق الاخر موسرا ضمنه المدبر نصف قيمة المدبر او استسعى العبد او اعتقه
وان عكسا وهو ان يعتقه احدهما ثم دبره الاخر فالمدبر لا يضمن المعتق ولكن يعتق او
يستسعى عند ابى حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على
نصيبه لكنه يفسد به نصيب الاخر بسبب انسداد باب النقل اليه فله ان يضمن قيمة نصيبه و
الاعتاق والاستسعاء فاذا اعتق الاخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق
على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله
تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه
مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين
وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله
والاعتاق وتوابعه والفائت من ذلك النوع الاول فسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق فانه يضمنه ولا يتملكه

فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه اولا كان للاخر الخيارات الثلاث عند ح خيار
التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب شريكه فاذا دبر
لم يبق له خيار التضمين لانه باشر التدبير وصيرورته مبرئا للمعتق عن الضمان يعني وهو لان
نصيبه كان قابلا للانتقال عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان
وقد فوت ذلك بالتدبير بعد عتق الاول فصار نصيبه كان مدبرا عند ذلك التدبير لان
التضمين مشروط بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا
كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا اعتق اولا او غصب القن فمات او ابق واما
اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة
بين المالك والمملوك لا بالتمليك واذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك
سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط متفويته مبرئا لصاحبه عما
لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وعندهما
ان دبر اولا ضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف
باليسار والاعسار وعتق الاخر لغو لانه لا يتجزى عندهما فتملك نصيب صاحبه بالتدبير
وان اعتق اولا ضمن نصف قيمته لو موسرا واستسعى العبد لو معسرا لان هذا ضمان
الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما وتدبير الاخر لغو لان الاعتاق لا يتجزى
عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو بحمده

باب العجز والموت

اذا عجز المكاتب عن نجم فان رجى حصول مال لا يعجل الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين او ثلثة
والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه
اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لى بينة حاضرة انه يؤخر يوما او يومين او ثلثة
لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل ولان التاخير والاصل فيه قصة موسى والخضر
عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك ولذلك قدر صاحب الشرع
مدة الخيار ثلثة ايام والا اى ان لم يرج له حصول مال عجزه الحاكم وفسخ الكتابة ان طلب
سيده او عجزه سيده برضاه اى برضى المكاتب هذا عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف
لا يعجز ما لم يتوال عليه نجمان لقول على رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق وتمامه
ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بحجة عندنا لانه يفيد الوجود عند
الوجود فقط ولا يجوز ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل
عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق
ومبناه على المسامحة حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من
الطلب عنده فلا بد من امهال مدة ارفاقا واولى المدة لذلك ما توافق عليهما العاقدان
فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الان تحقق العجز على ذلك فنفسخ لوجود مدة التاجيل
التي اتفق عليها العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء

ويضمن نصف قيمته قنا لان
نصفه صار مدبرا عنده
وعندهما

نجم واحد كان عجزا لانه يحتاج الى العجز وكون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى
المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن مقصوده والاستدلال بالاثر على ما عارضه
ما روى عن ابن عمر رض ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان
الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدهما من الحجة فبقي ما
قاله من الدليل سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف لا يعارضه المعقول فيثبت
الفسخ واذا عجز عاد الى احكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة
فلا يبقى بدون العقد وما في يده لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده اذ هو كان موقوفا
عليه او على المولى لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف
ويحل له ما اداه وان كان من صدقة لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل العين
فصار كعين اخرى واليه اشار النبي عم في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا
هدية فاذا كان ذلك صار هدية اليه وكانت مكاتبة وصار كالفقير يموت عن صدقة
اخذها يطيب ذلك لوارثه الغني لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما اخذه من
الزكوة حالة الفقر وكذا ابن السبيل اذا اخذ الصدقة من غير ضرورة واذا اخذه في حالة
الفقر فبعد ذلك ليس فيه الا الاستدامة فيطيب له ولو اباح الفقير للغني والهاشمي
عين ما اخذ من الزكوة لا يحل لان الملك لم يتبدل ونظيره المشتري اذا اشترى شراء فاسدا
لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد
بلا اشكال لان المكاتب عنده اذا عجز ملك المولى ما بيده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته
وعند ابي يوسف لا يطيب لانه اذا عجز لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ وانما كان له نوع ملك
فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له ملك ولهذا لا تنتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما في العبد
المأذون له اذا حجر عليه والصحيح انه يطيب بالاجماع لما ذكرنا ان المحرم هو ابتداء الاخذ وقد اخذ
لحاجة وحرم على الغني لانه لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقرابة النبي عم عن
اوساخ الناس ولم يوجد من المولى الاخذ فصار كابن سبيل وصل الى ماله او فقير استغنى
وفي يده ما اخذه من الصدقة فانه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا ٥ وان مات عن وفاء
لا تفسخ الكتابة ويؤدى بدلها من ماله ويحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته ويورث ما
بقي من ماله ويعتق اولاده الذين شراهم او ولدوا في كتابته او كوتبوا معه تبعا او قصدا وهو
قول علي وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته
ويموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه اخذ الشافعي لان المقصود من الكتابة عتقه
وعتقه باطل لان العتق ان ثبت فاما ان ثبت بعد الممات مقصودا او قبله او بعده
مستندا الى حال حيوته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بدله من محل
ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه
ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد وكنا انه

عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى وكذا بموت الاخر والجامع بينهما
الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وعليك استحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما
يحتاج اليه القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان
هذا النص في الحال معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحيته العالي
المنقولة عن رسول الله عم وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير
ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم
الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده ولادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وان شاء الله فان
يسر الله عليك ذلك يفيض من عنده بعد الجثو على الركب حضرة المحققين فذلك الفوز العظيم
قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فيكون من الجهلاء الذين ظهر عند ذوي التحصيل
عذره فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحيوة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون
صنعا وان لم يترك وفاء وله ولد في كتابته سعى على نجومه فاذا ادى حكم بعتقه وعتق
ابيه قبل موته لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار اداؤه كاداء
ابيه فجعل كانه ترك وفاء مع الولد والولد المشترى اما ان يؤدي حالا او يرد في الرق عند
ابي حنيفة وعندهما هو يسعى على نجومه لان الولد الاول الذي ولد في كتابته
لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر اكساب
المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابي حنيفة ان الاجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق
من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه
اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع
لكن لا يجعل اعطي من ساعته صار كانه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لان
اداءه بعد المكاتب فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه ٥ وان مات المكاتب وترك ولدا من
حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى بدية الجناية على عاقلة
الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي
به لموالي الام فهو قضاء بعجزه والفرق ان القضاء بموجب الجناية على العاقلة يقرر
حكم الكتابة لانه من قضيته فان الكتابة ان يكون موجب جنايته على موالي الام لان المكاتب
وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند اداء بدل الكتابة وكانت جنايته عليهم
فاذا قضى بها القاضي عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فبقي الكتابة على
حالها فاذا ادى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر ان الابن ولاءه في جانب
الاب فينجر اليه ولاؤه لان الولاء كالنسب والنسب لا يثبت من قوم الام الا عند
تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ادعى المالك من اشابه منه ان الذي كان له عن نفسه
يحول النسب اليه فكذا الولاء واما اذا كانت الخصومة من نفس الولاء فان القاضي يقضي
بكون الولاء لموالي الام لان الخصومة وقعت في الولاء ومن ضرورته القضاء بفسخ الكتابة

لان الولاء لا يكون من جانب الام الا عند تعذر اثباته من جانب الاب فلما استغنى
بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن ان يثبت من جانبه بالاداء وقوله قضاء القاضي
بموجب الجناية على مولى الام لا يلزمه منه القضاء بفسخ الكتابة لانه قد يقضي بموجب
الجناية على غير من وجب كالكفيل والقضاء بالولاء لموالي الام يتضمن القضاء بفسخ
الكتابة اذ لا يمكن ان يجتمع عليه الولاءان اذ لو لم يكن ضمنا لما لزم الحكم بحريته اذا ادى
بدل الكتابة فاذا صار حرا في اخر حياته ينتقل ولاء الولد اليه وينتقض القضاء وهو
يجب صيانته عن النقض فلا يفسخ لا صادف محلا مجتهدا فيه والحكم بالارث من الولد
الى الام كالحكم بالولاء لهم حتى ينفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما
اذا مات المكاتب عن وفاء فادت الكتابة او عن ولد فاداها واما اذا مات لا عن وفاء
ولا عن ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة قال الاسكاف ينفسخ حتى لو تطوع انسان
باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال ابو الليث لا ينفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو
تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز وحكم بعتقه في اخر حياته ۝ ولو جنى
عبد فكاتبه سيده جاهلا بجنايته فعجز دفع او فدا يعني المولى بالخيار ان
شاء دفع العبد بالجناية وان شاء فداه بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم الجناية
لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله
من غير ان يصير مختارا فيجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش كما اذا اعتقه او دبره
او استولد الجانية او باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية الا ان المانع من الدفع
على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيخير
بين الدفع والفداء على القاعدة وكذا لو جنى المكاتب فعجز قبل القضاء به يعني
حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء فان
لم يعجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة
وهو حق يكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب
الا يرى ان جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما انه احق
بكسبهما ولو بعد ما قضى عليه به فهو دين يباع فيه اي ان قضى بموجب الجناية على
المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق
انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر تجب قيمته ولا
يباع وهو قول ابي يوسف اولا لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب
ان يكون موجبة القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وام الولد ولنا ان الاصل في جناية
العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال الانفساخ
الكتابة فلا يثبت بالانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او بالصلح عن الرضى او
بالموت عن الوفاء ۝ ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد لانها حق العبد فلا يبطل

بموت السيد كالتدبير وامومية الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب
ويؤدي البدل الى ورثته على نجومه لان النجوم حقه لانه اجل وهو حق المطلوب
فلا يبطل بموت الطالب كالاجل في الدين بخلاف ما اذا مات المطلوب حيث يبطل
الاجل لان ذمته قد خربت وانتقل الدين الى التركة وهو عين هذا اذا كاتبه
وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تاجيله الا من الثلث وان اعتقه بعضهم لم ينفذ
لانه لم يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن ادم وان اعتقوه كلهم عتق مجانا والقياس ان لا
يعتق لانهم لم يملكوه لان المكاتب لا يقبل النقل بسائر الاسباب وكذا الارث ولهذا
لا يكون للاناث منهم الولاء فيه ولو ملكوه لكان لهم وجه الاستحسان انه
يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم
ابراء او اقتضاء او اقرارا بالاستيفاء فيه فيعتق لانه لم يبق عليه دين فيعتق
للبراءة ذمته كما اذا ابرأه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط ان يعتقوه في مجلس واحد
حتى لو اعتقه بعضهم في مجلس واعتقه الاخر في مجلس اخر لم يعتق وقيل يعتق اعتقه الاول ما لم يرجع الاول ۝

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة يقال ولي الشيء الشيء اذا
حصل الثاني بعد الاول من غير فصل وفي النهاية سمي ولاء العتاقة والموالاة به لان حكمه
وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل او من الموالاة وهو مفاعلة من
الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة و
هو في الشرع عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن اثار التناصر الارث
والعقل وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن
اعتق ولا يصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء الاعتاق والاضافة
دليل الاختصاص وهو السببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولاه ولا اعتاق
من جهته والحديث لا ينافي ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند
الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب ۝ الولاء لمن اعتق ولو بتدبير او
استيلاد او كتابة او وصية او ملك قريب لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل ولان
الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي يختص بالاحياء نحو القضاء
والشهادة والملك والولاية وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت احكام
الاحياء به فكان احياء بالايلاد فورث به كما يرث الاب من ولده ولهذا سمي ولاء نعمة
لانه انعم عليه حيث احياه كما قال الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت
عليه اي انعم الله عليه بالهدى وانعمت عليه بالاعتاق ولانه يعقل عنه فيجب ان
يرثه لان الغنم بالغرم والمراة في هذا كالرجل لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام ليس
للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث وروي ان ابنة حمزة اعتقت عبدا لها

وماتت عن بنت فجعل رسول الله عم نصف ماله لابنته والنصف الاخر لبنت حمزة
ولو ادى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور
وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه او اعتقه الوصي بعد موته لانتقال فعل
الموصي اليه وكذا يعتق مدبروه وامهات اولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له
٥ ولغا شرطه لغيره او سائبة يعني لو اعتق المولى عبده وشرط الولاء لغيره
او شرط ان لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب لا
شرط ان لا يرثه فان قيل ان الولاء بالتدبير والاستيلاد كيف يكون للمولى وام الولد
والمدبر انما يعتقان بعد موت المولى اجيب بان صورته ان يرتد المولى ويلحق بدار
الحرب حتى حكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فان مدبره وام ولده فالولاء
له والاصح ان يقال المراد ان ثبوت الولاء لعصبة المولى انما يكون بسبب ثبوته للمولى
فانه المستحق اولا لصدور سبب العتق منه ثم يسري منه الى عصبته ٥ ولو اعتق حاملا
من زوج فولدت لاقل من نصف سنة فولاء الحمل له لا ينتقل عنه ابدا لان الجنين عتق بعتق
امه وعتق امه مقصود فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والحمل وقع الاعتاق على
جميع اجزائها مقصودا فكون الجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله عم الولاء لمن اعتق
وانما نعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة اشهر من وقت العتق
لتيقننا وقت العتق وكذا لو ولدت توأمين احدهما لاقل من نصفها يعني لو ولدت
ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر منه وبينهما اقل من ستة اشهر لانا
تيقنا ان الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا انهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل اقل مدة
الحمل بينهما واذا تناول الاول الاعتاق تناول الاخر الاعتاق ايضا ضرورة فصار معتقا لهما والولاء
لا ينتقل من المعتق وان ولدت لاكثر من ذلك فولاؤه له ايضا اي لو ولدت ولدا بعد عتقها
لاكثر من ستة اشهر فولاء الولد لمولى الام ايضا لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها عند
عتقها وقد تعذر جعله تبعا للاب لرقيته لكن ان اعتق الاب جره اي جر ولاء ابنه الى مواليه
لان مولى الام لم يعتق الولد هنا حقيقة وثبت بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا
للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا عتق الاب امكن نسبته اليه فجعله تبعا له اولى من
جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال النبي عم الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب الى
الاباء فكذا الولاء فينتقل الى مولى الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم
الام ثم اذا اكذب نفسه نسب الى الاب لزوال المانع هذا اذا لم تكن معتدة وان كانت معتدة
فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق
لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبه للعلوق
الى ما قبل العتق بل قبل الفراق وهذا نسبة نسبه من الزوج فصادفه الاعتاق مقصودا
فلا ينتقل الى مولى الاب والاصل في جر الولاء ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال

ان كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوه جر الولاء وما روي
ان الزبير رضي الله عنه ابصر فتية لعسا بخيبر فاعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع
ابن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم
فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان رضي الله عنه
فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء من قبل
ابيه فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه وفي الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة
بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم
ولا عاقلة لابيهم ولا مولى فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة فان
اعتق الاب بعد ذلك جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون اي الموالي عليهم
بما عقلوا عنه قبل الجر بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت
العلوق لا من وقت الاكذاب اذ لا يتصور ان يكون الانسان ولد الشخص في وقت ثم
يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولدا لغيره وبالاكذاب يتبين ذلك ويتبين ان
عقله كان على قوم ابيه وقد اجبر قوم الام على الاداء فيرجعون عليهم به وفي
الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان العتاق
لان سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به ولو تزوج عجمي له موالاة
اي معتقة فولدت فولاء الولد لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
حكمه حكم ابيه فما دام الى الاب احد او لم يوجد لا يكون ولاء الولد لموالي الام لانه
كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى فكذا الولاء وهذا
لان الاب حوله عشيرة وموالي فكيف ينسب الى امه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا
لانه هالك فينسب الى قوم امه حتى يعتق للتعذر فصار كما لو كان ابوه
عجميا حربيا فولدت له ولدا فانه ينسب الى قوم ابيه دون قوم امه وكذا اذا
كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية او معتقة وكعربي تزوج معتقة
فان ولده منها ينسب الى قومه دونها فكذا العجمي لانه كالعربي في حرية الاصل
ولهما ان ولاء العتاقة معتد لقوته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة وقال عم
موالي القوم منهم والنسب في حق العجمي ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لا تعتبر
الكفاءة فيه فيما بينهم اذ لا يفتخرون به اصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة
الدنيا وبعده بالدين واليه اشار سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من
قال سلمان ابن الاسلام واذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه
كالعبد وكذا اذا كان للموالي مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة
ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه وكذا من ابيهم ضعيفة الا ترى انه يحتمل التطال

بالاستحقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج العجمي عربية فان اولاده منها لو نسبوا الى قوم ابيهم لنسبوا اليهم بالنسب والنسبة بالنسبة الى الام ضعيف غير معتبر الا ترى انهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة بينهم واولاد المعتقة ينسبون الى قوم امهم وهم عصبتهم ثم القدوري وضع الخلاف في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا تختلف بين ان يكون المعتق من العرب او من غيرهم فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة الى المعتق ما لم يكن ابوهم عربيا على ما قالوا وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة او غيرها من ذوي الارحام ومعتق امه او عصبة معتقها كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما وعند ابي يوسف يكون لذوي الارحام لان محله مثل ابيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا واجمعوا على انهما لو كانا معتقين او كان الاب معتقا والام مولى موالاة او كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين او عجميين او كان احدهما عجميا والاخر عربيا ۞ والمعتق مقدم على ذوي الارحام مؤخر عن العصبة النسبية وكذا هو مقدم على الرد وعلى السهام وهو قول الصحابة وهو قول علي رض وبه اخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رض يقول انه مؤخر عن ذوي الارحام لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وقال النبي ع م للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته شرط لارثه ان لا يدع وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الارث فيجب تاخيره عن الولاء وكذا قوله ع م الولاء لحمة كلحمة النسب يدل على ذلك لانه شبهه به وما شبه الشيء لا يزاحمه ولا يتقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة ان النبي ع م جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة ۞ قال فان مات السيد ثم المعتق فالميراث لاقرب عصبة سيده فيكون لابنه خاصة دون ابيه ولو اجتمعا اي الابن والاب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لابيه السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عن ميراثه به فكذا عن ميراث معتقه ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس معه بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه اي اباه واخاه لاب وام او لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات مع الجد فالجد عنده اقرب في العصوبة وكذا لو كان امراة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد

ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وكذا لو ترك المولى ابنا وبني ابن فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر وهو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا وعند استواء القرب يستوي في القسمة ۞ وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن كذا روي عن النبي ع م اي ليس للنساء من الولاء الا ولاء من اعتقن او ولاء من عتق من اعتقته هكذا الى اخره اما ولاء المدبر فقد عرفت بيانه بوجهين وعرفت ايضا مسئلة جر الولاء

فصل

ولاء الموالاة سببه العقد والمطلوب منه التناصر وله ثلاثة شرائط الاول ان لا يكون معتقا لان ولاء العتاقة اقوى فيمنع ثبوت الاضعف الثاني ان لا يكون عربيا لان العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء العتاقة فولاء الموالاة اولى والثالث ان لا ينسب الى احد ولا يكون له نسب معروف وهو مشروع فلو اسلم عجمي على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او والى غيره من اسلم على يديه صح العقد لكن معنى الولاء انه ليس للمعتق ان يوالي احدا لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لان سببه لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق فلا ينفسخ ولاء معتقه منه لانه لا يفيد لان الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة الا ترى ان شخصا لو مات وترك مولى اعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق وعقله عليه وارثه له ان لم يكن له وارث وهو مؤخر عن ذوي الارحام وقال مالك والشافعي لا اعتبار بعقد الموالاة اصلا لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم ولقوله ع م لا حلف في الاسلام ولان فيه ابطال لاحق بيت المال وهذا لا يجوز من وارث اخر وقال الليث بن سعد من اسلم على يد رجل كان ولاؤه له لقوله ع م حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو اولى الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين ان يوجد منه موالاة اخرى او لم يوجد وقال يحيى ابن سعيد اذا جاء رجل من ارض العدو فاسلم على يد رجل فان ولاءه لمن والاه ومن اسلم من اهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمي ينتقل به عقد مع المسلمين وصار تبعا لهم فلا يملك ابطاله كالمعتق ولنا اطلاق ما تلوناه والحديث ولا عقد الموالاة نقلا عن ائمة التفسير وما رواه الليث محمول على ما اذا وجد عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الاية وبين اقوال الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له ان يضع ماله حيث شاء فليس فيه ابطال حق احد فجاز وبيت المال ليس بوارث وانما يستحق انما يوضع فيه مال الضائع فيصرف الى الامام

اذا لم يكن لصاحبه ان يتصرف فيه فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه اولى
من تصرف الامام كما في حال الحضرة. وتوهم ان الاية منسوخة بقوله تعالى واولوا
الارحام بعضهم اولى ببعض قلنا الذي ورد انها منسوخة في حق التقديم
فانهم كانوا يقدمونه بالبعض على اولي الارحام فنسخ ذلك التقديم وما تمسكوا
به من قوله عليه السلام لا حلف في الاسلام المراد به الحلف الذي يتعاقدونه في الجاهلية
من قولهم هدمي هدمك ودمي دمك ترثني وارثك فكان ذلك للتناصر على الحق
والباطل فحظر الاسلام التناصر على الباطل واوجب التعاون على البر والتقوى
ثم شرط هذه الموالاة ان يشترط الميراث والعقل وان هذا العقد يقع على الاب
ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك ومن شرطه ان يكون مجهول النسب وان
لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وان يكون حرا بالغا عاقلا
وما لم يعقل عنه فله ان يفسخه قولا بحضرته وفعلا مع غيبته بان ينتقل عنه
الى غيره. وبعد ان يعقل عنه او عن ولده لا يفسخه هو ولا ولده لتأكده
بتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصاله بالقضاء ولان ولاية التحول
قبل ان يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة
وكذا لا يتحول ولده بعدما تحمل الجناية عن ابيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن
لكل واحد منهما ان يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء وكذا على ايضا
ان يتبرأ عن ولائه بحضوره. بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير
محضر من الاول وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة
والمضاربة والشركة والمرأة في هذا كالرجل لانها من اهل التصرف ولو اسلمت
امرأة ووالت او اقرت بالولاء فولدت مجهول النسب او كان معها ولد صغير كذلك يتبعها
فيه عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما يقولان لا يتبعها ولان هذا تصرف ديني لان الام
لا ولاية لها في ماله فلان لا يكون في نفسه اولى ولابي حنيفة ان الولاء كالنسب وهو
نفع محض في حق الصغير الذي لم يوجد له اب فتملكه الام كقبول الهدية ولو اقر رجل انه مولى فلان
فكذبه المقر له في الولاء اصلا او قال لا بل واليتني فاقر المقر لغيره بالولاء ثم عاد وصدقه
لم يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كانه لم يوجد فكان له ان يتحول الى غيره وكذا انه اقر
بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له كمن شهد على رجل بنسب ثم ردت شهادته ثم ادعى الشاهد لنفسه لا يصح

كتاب الاكراه

هو في اللغة حمل المكره على امر يكرهه. يقال اكرهته على كذا اي حملته عليه قهرا
كارها. وفي الشرع فعل يوقعه الانسان بغيره فيفوت به رضاه او يفسد به
اختياره مع بقاء اهليته. وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل
معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه. وشرطه قدرة المكره على ايقاع

ما هدد به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوع ذلك ان لم يفعل لان الاكراه
اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته
وذلك لا يتحقق الا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد من القادر وخوفه
منه على نفسه يصير ملجأ طبعا وبدونهما لا يصير ملجأ فلا يثبت به حكمه. ويكون
ممتنعا قبله عن فعل ما اكره عليه لحقه كبيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده
او لحق آخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كشرب الخمر والزنى ونحوهما. ويكون
المكره به متلفا نفسا او عضوا كالقتل والقطع او موجبا غما يعدم الرضى
كالحبس والضرب. اعلم ان الاكراه لا ينافي اهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب
عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب والدليل عليه ان افعاله مترددة
بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر اخرى كسائر افعال المكلفين
وفي حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه ان
يمتنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه اكل الميتة وشرب الخمر ويرخص
له به اجراء كلمة الكفر في تلك الحالة واتلاف مال الغير وافساد الصوم والجناية
على الاحرام وهذا دليل على انه مخاطب. فلو اكره على بيع او شراء او اجارة او اقرار
بقتل او ضرب شديد او حبس مديد خير بين الفسخ والامضاء لان الاكراه الملجئ
وغير الملجئ يعدمان الرضى والرضى شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم فتفسد عند فوات الرضى بخلاف ما اذا اكره بحبس يوم او قيد يوم
او ضرب سوط لانه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضى وهو شرط لثبوت حكم
الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يتضرر بذلك فيكون مكرها لانه
لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضى وكذا الاقرار جعل حجة
حال الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب
على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه. والاكراه بحبس الوالدين او الاولاد لا يعد
اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضى بخلاف حبس نفسه وليس في الحبس والضرب
حد مقدر لان بكونه اكراها امر نصب المقادير بالرأي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى
رأي الامام لانه يختلف باختلاف احوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد او
حبس مديد ومنهم من يتضرر بادنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضرب
سوط او بعرك اذنه لا سيما في ملأ من الناس او بحضرة السلطان فيثبت في حقه
الاكراه بمثله لان فيه هوانا وذلك اعظم من الالم. ويملكه المشتري ملكا فاسدا
ان قبضه عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو
اجاز جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار
ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر

من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو
التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وتاثير انتفاء الشرط في فساد
العقد لا في اصله كانتفاء المساواة في باب الربوا حيث ثبت الملك
عند القبض فلو قبضه واعتق او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد
صح اعتاقه وتدبيره واستيلاده ولزمه قيمته كما في سائر البياعات الفاسدة
ومن المشايخ من جعل البيع الجائز المعتاد يعني بيع الوفاء بيعا فاسدا جعله كبيع المكره
عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا
العين بمالك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا
العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي ومنهم من جعله رهنا لقصد
المتعاقدين لانهما وان سميا بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فقالوا عليه
المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمرته واستهلكه
من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في
الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق بينه وبين
الرهن عندنا ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع و
ليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضى صاحبه قال في الكافي والصحيح ان العقد
الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد
البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او تلفظا بالبيع الجائز
وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط
ثم ذكرا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لان المواعيد
قد تكون لازمة فالا يلزم م العادة دين فجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس
اليه ○ وقبض الثمن او تسليم المبيع طوعا اجازة اي لو اكره على البيع وقبض
الثمن طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طوعا لان القبض او التسليم طائعا دليل
الرضى وهو الشرط كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم
مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طائعا ان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لا دلالة
الاجازة لا قبضهما كرها اي لو قبض الثمن كرها او سلم المبيع كرها لا يكون اجازة
فعلى المكره رد الثمن الذي قبضه كرها ان كان قائما في يده لفساد العقد فلو كان
الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك
انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا ليس كذلك لانه كان مكرها على قبضه
ولا يكون اجازة ايضا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره عليها فلو وهب كرها ودفع
طائعا كان العقد فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة بناء على ان فساد السبب
لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته [illegible]

سواء بين البيع ان ومقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي
البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع فلو هلك
المبيع في يد مشتر غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع لانه قبضه بحكم
عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة وللبائع تضمين اي شاء من المكره و
المشتري اما المكره فلانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث
التكلم فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فصار كان المكره دفع مال البائع الى المشتري
واما المشتري فلانه حصل الهلاك عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان
كالغاصب وغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه
مقام البائع باداء الضمان وان ضمن المشتري نفذ ما بعده ولو تداولته البياعات نفذ كل
شراء وقع بعد شرائه لا ما وقع قبله يعني لو ضمن المشتري اي مشتر كان بعد
الاول نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تداولته العقود بان باع المشتري من
آخر وباع الآخر من آخر حتى تعدد ولو تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الاول لانه ملكه
بالضمان فظهر انه باع ملكه وله ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه
ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما كان قبله لان الاستناد الى وقت
قبضه وان اجاز المكره عقدا منها اي من هذه البياعات جاز ما قبله
ايضا اي كما جاز ما بعده .. واخذ الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا
والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل وله استرداده
اذا فسخ لو باقيا ○ وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه الا فيمن يستضر به
لكونه ذا منصب على ما بيناه ○ وان اكره على اكل ميتة او دم او لحم خنزير او شرب
خمر بضرب او حبس او قيد لا يحل التناول وان اكره على هذه الاشياء بقتل او
قطع عضو حل لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار
مبقاة على اصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ
وهو ان يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب
السوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له وقدره بعضهم بادنى
الحد وهو اربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده باقل من ذلك لا يسعه
لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا فهو
غاية الحد وان فيه ما يكون متلفا قال الزيلعي لا وجه للتقدير بالرأي واحوال
الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بادنى شيء فلا طريق
سوى الرجوع الى راي المبتلى به فان غلب على ظنه انه يتلف النفس او العضو [illegible]
وسعه والا فلا وان امتنع من الاكل ياثم بصبره على التلف ان علم الاباحة كما في المخمصة
لان اهلاك النفس او العضو بالامتناع عن المباح حرام فياثم الا اذا لم يعلم الاباحة

في هذه الحالة لا يأثم لأنه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء أو قصد في
زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا يأثم كالجهل بالخطاب في أول
الإسلام أو في دار الحرب في حق من أسلم فيها وعن أبي يوسف أنه لا يأثم مطلقا لأنه
رخصة إذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة • وإن أكره على الكفر أو سب النبي عم
بقتل أو قطع عضو رخص له إظهاره وقلبه مطمئن بالإيمان لقوله تعالى إلا من
أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولحديث عمار بن ياسر رضه أنه حين ابتلي به أن النبي عم قال
له كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالإيمان فإن عادوا فعد أي عد إلى الطمأنينة وفيه نزلت
الآية ولو صبر الصبي على التلف لأن خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه
النبي عم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولأن الحرمة قائمة والامتناع
عزيمة فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين فلإقامة حق الله تعالى أو حق غيره من العباد كان
شهيدا ولا رخصة بغيرهما أي بغير القتل والقطع • ولو أكره على إتلاف مال
مسلم بأحدهما أي بالقتل أو بقطع العضو رخص له لأن مال الغير يستباح للضرورة
كما في حالة المخمصة وقد تحقق ولا ضمان على المكره لأن المكره آلة المكره فيما يصلح
آلة له والإتلاف من هذا القبيل لأن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه
وإن أكره على قتله أي على قتل غيره أو قطع عضوه لا يرخص أي لا يقدم عليه بل يصبر
حتى يقتل فإن فعل أثم لأن الحرمة باقية ولأن الإثم يكون بجنايته والمكره لا يصلح أن
يكون آلة له في جنايته فيقتصر عليه وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل
النفس بالضياع لأنه يجيء منه ولد ليس له أب يربيه ولأن فيه إفساد الفراش بخلاف
جانب المرأة حيث يرخص لها بالإكراه الملجئ لأن نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى
القتل من جانبها بخلاف الرجل أو جب الإكراه القاصر درأ الحد في حقها دون الرجل
فالقصاص على المكره فقط عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب القصاص على المكره دون
لأن القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لأنه هو المباشر وكذا حكما لأنه
يأثم به وهذا لأن القتل معصية وقد تحقق من المكره والإكراه لا يبيح الأفعال أن يؤاخذ
بها فاعلها لأنه لا يسقط حكم فعله شرعا وأضيف إلى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله
وهو حكم فعله بدليل أنه يأثم إثم القتل وإثم القتل يكون على القاتل وقال الشافعي
يجب القصاص عليهما أما المكره فلما قاله زفر وأما المكره فلحصول السبب منه إلى
القتل حيث أحدث فيه معنى حامله على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشرة
في حق وجوب القصاص عنده وهذا لم يوجب القصاص على شهود القصاص إذا
رجعوا وهذا لأن القصاص شرع لحكمة الزجر والردع والقتل بالإكراه من المتغلب
غالب فلو لم يجب القصاص لأدى إلى الفساد فيجب على الكل حسما لمادته وعند أبي يوسف
لا قصاص على أحد لأن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه حتى أثم إثم القتل وأضيف

إلى المكره من وجه من حيث أنه حمل المكره عليه فصار مدفوعا إلى القتل بموجب طبعه
ولأن المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة من الجانبين
فلا يجب فيه القصاص ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثار الحيوة فيصير آلة للمكره
فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الإتلاف دون الإثم وهذا لأن الآلة هي التي تعمل بطبعها
كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فإن طبعها الإحراق وكالماء
فإن طبعه الإغراق وباستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل فكذا هنا والدليل
على أن الآمر هو المستعمل له والمأمور جار على موجب طبعه أن ضمان المتلف يجب على
الآمر ولولا أنه هو المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا أن الإتلاف منسوب
إلى الآمر وأن المأمور آلة له إذ لا وجه لنسبته إليه إلا بهذا الطريق وكان الآمر مباشرا
لا متلفا لا مسببا لأنه لو كان مسببا لما وجب عليه الضمان وإنما كان يجب على
المأمور لأن المباشر والمسبب إذا اجتمعا في الإتلاف كان الضمان على المباشر دون المسبب
وهذا لأنه يمكن أن يجعل آلة له في إتلاف المال بالإجماع بأن يأخذه ويلقيه في مال الإنسان
فكذا في النفس في حق الإتلاف يصلح أن يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف الإثم فإنه لا يصلح
أن يكون آلة له في حقه لأن الإثم بالجناية على دينه ولا يقدر أحد أن يجني على دين غيره فبقي
الفعل مقصورا في حقه كما في الإكراه على الإعتاق فإنه ينتقل الفعل إلى الآمر في الإتلاف ولا
يقتصر على المأمور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فاقتصر
على المأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو نقل إلى الآمر لما عتق لأنه لا عتق بدون الملك
ولما كان الولاء له لأن الولاء للمعتق وكذا في الإكراه على الطلاق قبل الدخول يقتصر عليه في
حق التلفظ دون الإتلاف حتى يرجع عليه بنصف المهر إن كان قبل الدخول وكذا لو أكره مسلم
مجوسيا على ذبح شاة فإنه ينتقل الفعل إلى المسلم الآمر في حق الإتلاف فيجب عليه
الضمان ولا ينتقل في حق الحل لأنه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لأن الحل في
الذبح في الدين وبالعكس عكس • ولو أكره على أن يرمي من جبل بأن يقول أسقط
نفسك منه وإلا قتلتك ففعل فديته على عاقلة المكره عند أبي حنيفة لأنه في حكم
القتل المثقل وفيه كان يجب الدية على العاقلة فكذا هنا وعندهما أي أبي يوسف ومحمد
الدية في ماله أي في مال القاتل لأن القتل الحاصل بالإكراه لا يوجب القصاص عندهما
وعند محمد عليه أي على المكره القصاص لأن القتل بالمثقل كان يوجب القصاص عنده
• ولو أكره بقتل على تردّ أي على سقوط من مكان عال أو اقتحام نار أي على إدخال نفسه
في نار أو ماء وكل من هذه الثلاثة مهلك فله الخيار في الإقدام والصبر عند أبي حنيفة
وقالا يلزمه الصبر لأنه لو أكره بالعصا ليس له الإقدام اتفاقا وتفسيره كل مهلك
لو لم يكن كذلك كان له الإقدام اتفاقا ولهما أنه لو ألقى نفسه صار مباشرا في إهلاكها
فوجب الصبر تحرزا عنه وله أنه ابتلي ببليتين متساويتين في الإفضاء إلى الهلاك

فيتخير ثم إن ألقى نفسه في نار فاحترق فعلى المكره القصاص لأنه مضطر إلى الإلقاء
وعند محمد لا قصاص لأنه مختار في إلقاء نفسه ◦ ولو وقعت نار في سفينة إن
صبر احترق وإن ألقى نفسه غرق فله الخيار عند الإمام أبي حنيفة وعند محمد
يلزمه الثبات ◦ وإن أكره على طلاق أو إعتاق أو توكيل بهما ففعل نفذ
ما أكره عليه عندنا لأن الإكراه لا ينافي الأهلية وعدم صحة بعض الأحكام
كالبيع والإجارة والإقرار لمعنى راجع إلى التصرف وهو كونه يشترط فيه التراضي
ومع الإكراه لا يوجد الرضى وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضى ويصح
الأمران أي العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضى فيهما بخلاف
البيع وأخواته ويرجع بقيمة العبد على المكره موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان إتلاف
فلا يختلف باليسار والإعسار لا ضمان العتق وإن لا يختلف بهما خلافا في ضمان
الإعتاق لأنه ضمان إفساد يتصرف في ملكه من غير تعد ولا سعاية على
العبد لأن السعاية إنما تجب عليه للخروج إلى الحرية ولا يرجع المكره على العبد
بما ضمن لأن الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا يرجع
على المكره بنصف المهر لو كان الطلاق قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد
وإن لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لأن ما عليه كان على شرف
السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد
ذلك بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره إلى المكره والتقرير
كالإيجاب فكان متلفا له فيرجع عليه ولا رجوع لو طلقها أي بعد
الدخول لأن المهر هنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسألة العتق
خطر ببالي الإخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد أردت ذلك لا إنشاء الحرية في
الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لأنه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه
وبين الله تعالى ولو قال خطر ببالي ذلك ولم أرد ذلك وإنما أردت به الإنشاء في الحال
أو لم أرد به شيئا أو لم يخطر ببالي شيء عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره
وعلى هذا التفاصيل الطلاق ولو أكرهه على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته
ففعل رجع بالأقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لأن الضرر كان يندفع بالأقل
ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لأنه إن أوقع الطلاق لا يرجع
بشيء على ما ذكرنا وإن أوقع العتق فهو ليس بمضطر إلى إيقاعه إذ كان يمكنه أن يوقع
الطلاق ويتخلص ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع الوكيل وقع
استحسانا والقياس أن لا تصح الوكالة لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه
كالبيع وأمثاله وجه الاستحسان أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده
فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لكونها

من الإسقاطات فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما لحقه
استحسانا والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الإتلاف وإنما
يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل لكن أصلا فلا يضاف التلف
إلى التوكيل كما في الشاهدين إذا شهدا أن فلانا وكل بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا
لم يضمنا وجه الاستحسان أن غرض المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا
وجعل ما فعل طريقا إلى إزالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه الإكراه
◦ وصح يمين المكره ونذره وظهاره لأن النذر لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الإكراه
وهو من الذي هزلهن جد وكذلك اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لأنهما لا يحتملان
الفسخ فيستوي فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية
والأصل فيه حديث حذيفة رضي الله عنه أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر
رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم أخبر به رسول الله عليه السلام فقال
أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم ولأن الظهار كان طلاقا في الجاهلية
فأوجب الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق ولا رجوع
على غيره بسبب ذلك على المكره لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب هو به فيها
إذ لو كان له الطالب فيها لحبس فيكون أكثر مما وجب وكذا صح رجعته لأنها استدامة
النكاح فكانت ملحقة به وإيلاؤه لأنه يمين في الحال وطلاق في المآل والإكراه لا يمنع
كل واحد منهما وفيئه فيه وهو كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي أربعة
أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لأنه كان
متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لأنه طلاق أو يمين من جانب الزوج وكان
ذلك لا يؤثر فيه الإكراه ثم إن كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لأنها التزمته
وهي طائعة وإن كانت مكرهة لا يلزمها لأن المال لا يجب بدون
الرضى ولو أكرهه على أن يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعله
ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لأن العتق حصل باعتبار صنع من
جهته وإن أكرهه على أن يعلقه بفعل الذي لابد له منه نحو أن يقول إن صليت
فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الأشياء عتق العبد وغرم المكره
قيمته لأنه لابد له من هذه الأفعال فكان ملجأ ولو أكرهه على أن يكفر ففعل لم يرجع
بذلك على الذي أكرهه لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك حسبة منه لأنه لا يأتي بشيء
عليه بخصوصه ولو أكرهه على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق ورجع على المكره
بقيمته لأنه لم يجب عليه أن يعتق عبدا معينا عن كفارته فكان بالإكراه عليه متعديا
عليه على الأول لأنه لم يأمره إلا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على إتلاف مال
معين ثم لا يجزيه هنا عن الكفارة لأنه في معنى العتق بعوض ولو قال إلا أبرئه

من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجزئه لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود
بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة ولو قال اعتقه حين اكرهه نويت الابراء
به عن الكفارة ولم اعتقه عن اكراهه اجزأه عن الكفارة وليس له ان يرجع بقيمة العبد
على المكره ولو اكرهه على ان يعتق نصف عبده فاعتق كله فهو مختار ولا شيء على المكره
عند ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وما اتى به غير ما اكره عليه فلا يصير الاتلاف
به منسوبا الى المكره الا ترى انه لو عتق كله جاز ولو امره ان يعتق نصفه كان باطلا عنده وعندهما
يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على
اعتاق الكل ولو اكرهه على اعتاق كله فاعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما
يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق الكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون اتيا
ببعض ما اكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ٥ وصح اسلامه ايضا بالاكراه حيث يحكم
عليه بالاسلام لانه وجد احد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا
لان الاسلام يعلو ولا يعلى ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم
بردته لعدم القصد هذا البيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى فان لم يعتقد فليس
بمسلم لكن لا يقتل فيمن اسلم مكرها لو ارتد عن الاسلام لانه لما تمكنت الشبهة في احتمال
عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره اصليا لعدم صحة اسلامه ٥ ولا يصح ارتداده
مكرها ولا ردته اي لو اكره على الردة واجرى كلمة الكفر على لسانه لا يكون به مرتدا ما لم
يتبدل اعتقاده فلا تبين منه امرأته وان ادعت المرأة عليه ما اظهره الزوج وادعى
الزوج ان قلبه مطمئن بالايمان صدق قوله استحسانا والقياس ان يكون القول لها
حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فتستوي فيه الطائع والمكره
كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع
الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة وهذا
لا يحكم عليه بالكفر ولو قال المكره نويت الاخبار باطلا ولم اكن فعلت بانت امرأته في
الحكم لانه اقر بوجود الخلاص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر
فلا يصدق انه نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما طلب منه ظاهرا فالظاهر انه اجاب به
ونوى ما قصده المكره مع اقراره على نفسه بوجود الخلاص فلا يصدق في حق المرأة انه
عدل عما طلبوه منه بالنية فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر
ببالي الخبر عن الماضي باطلا بانت امرأته ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث اجاب الى ما طلب منه
مع وجود الخلاص وعلى هذا لو اكره على الصلاة على الصليب او سب محمد النبي صلى الله عليه
وسلم فخطر بباله الا السجدة لله تعالى او سب محمد آخر صوبت السجود لله تعالى او سببته غير
النبي عم بانت امرأته قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال لم يخطر ببالي شيء
ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء

لانه لم يقر على نفسه بوجود الخلاص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه محض له دون
غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله انه لو اكرهه العدو على كلمة الكفر لا جرى على لسانه
وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من
غير اكراه فصار نظير ما نوى ان يكفر في وقت من المستقبل ٥ ولو اكره على الزنا
فيفعل حد ما لم يكرهه سلطان لو اكره على الزنا فزنا يجب عليه الحد في قول ابي حنيفة الاول
وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد ان اكرهه السلطان وان اكرهه غيره يجب
وعندهما لا حد عليه في الوجهين وبه يفتى وجه الاول ان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار
الالة والانتشار دليل الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح ان يكون
الالة له في الزنا لان الوطء بآلة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل ولهذا يسقط
باحصانه دون احصان المكره فلذا الحد يجب عليه بخلاف المرأة لانها محل الفعل
ويتحقق منها الزنا الا يرى انه يتحقق منها وهي نائمة او مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف
الاكراه على القتل لانه يمكن ان يجعل آلة له فيه فنسب الى المكره حتى يجب عليه القصاص
ووجه قوله المرجوع اليه ان الانتشار لا دلالة له قد يكون طبعا كما في النائم فلا يدل على الطواعية
فيسقط الحد لوجود الاكراه الملجئ لانه لولا الالجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع
الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر في حالة
الاكراه لما ان في الامتناع اهلاكه فلا يفيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا

كتاب الحجر

هو في اللغة المنع مطلقا اي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من
الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع عن القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك
قسم لذي حجر اي لذي عقل ثم ان الله تعالى خلق البشر اشرف خلق وجعلهم
بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه يسعد من سعد
وذلك ان الله تعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون
الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل ثم من غلب من البشر عقله على هواه
كان افضل خلقه لما يعانيه من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه
على عقله كان ادنى من البهائم قال الله تعالى ان هم الا كالانعام بل هم اضل
وجعل بعضهم ذوي النهى وجعل منهم ائمة الدين واعلام الهدى ومصابيح
الدجى وابتلى بعضهم بما شاء من اسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل
والصغر والعته الموجبان لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما
ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما ان يستجري من يعاملهما اتلاف اموالهما باحتياله
الكامل وجعل من ينظر في مالهما خاصا وعاما واوجب عليه ان ينظرهما وجعل
الصبي والجنون سببا للحجر عليهما اظهارا للكرامة منه لهما ولطفا والرق ليس بسبب

الحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الراي كالحر غير انه وما في يده ملك
المولى فلا يجوز له ان يتصرف لاجل حق المولى والانسان اذا منع عن التصرف
في ملك الغير لا يكون محجورا كالحر وفي الشرع منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي
لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي لا يرى انه يرد ويجاز والفعل
حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه والاسباب الصغر والجنون والرق
ولا يصح تصرف صبي ولا عبد عديم العقل لانه كان غير مميز وان كان مميزا فعقله
ناقص لعدم الاعتدال وهو البلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا اذن له
الولي فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فاذا اذن له
فقد زال فيتصرف باهليته ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير
ولا تصرف المجنون المغلوب بحال ولو باجازة الولي لعدم صحة العبارة بالتمييز وهو
الذي لا يفيق له فصار كبيع الطوطي وان كان يجن تارة ويفيق اخرى فهو في حال
افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه
وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا
كثيرا واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا
انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون ٥ ومن عقد منهم وهو يعقله فوليه
مخير ان شاء اجازه او فسخه اي من عقد عقد البيع او الشراء من هؤلاء المحجورين
وهو يعقل البيع والشراء بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له و
يعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار
ان شاء اجازه وان شاء رده لانه لما كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون في عقده
مصلحة فيجيزه الولي والمولى ان راى فيه ذلك كعقد الاجنبي وهو الفضولي
فيتوقف على اجازته ٥ ومن اتلف منهم شيئا فعليه ضمانه لانهم غير محجورين
عليهم في حق الافعال اذ لا يمكن ان يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع
فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود اهلية الوجوب وهو الذمة لان
الادمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله الاداء لا يخاطب بالاداء
الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا ايسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا
اذا استيقظ من النوم ٥ ولا يصح طلاق الصبي والمجنون ولا اعتاقهما ولا اقرارهما
لقول النبي عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن ابي هريرة
والاعتاق تمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار
موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في
الحال فلعدم الشهوة واما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق
وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف

على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على
اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود واما عدم صحة اقرارهما فلان اعتبار
الاقرار بالشرع الا ترى انه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض وان الصبي
فاما لا يكون لا ده فيرجح نظرهما بخلاف الافعال على ما بيناه ٥ ويصح طلاق العبد واقراره في حق
نفسه لا في حق سيده فلو اقر بالزنا بعد عتقه لانه اقرار على غيره وهو المولى لانه وما في
يده ملك المولى واقرار المرء على غيره لا يقبل فاذا عتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه عن
اهليه وان اقر بحد او قود لزمه في الحال لان العبد مبقي على اصل الحرية في حقهما لانهما
من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان مملوكا من حيث انه مال
ولهذا لا يصح اقرار المولى بما عليه فاذا بقي على اصل الحرية فيهما ينفذ اقراره بهما لانه
اقر بما هو حقه ويبطل به حق المولى ضمنا فان قيل قوله عم لا يملك العبد شيئا الا الطلاق
يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية في حقهما
يكون اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي
ان يصح اقراره فينفذ ٥ ولا يحجر على السفيه وان كان مبذرا عند ابي حنيفة اعلم انه
لا يرى الحجر على الرجل الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة والفسق وان
كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له ولا مصلحة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه
والدين في تصرفات لا يصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه
في غيرها كالطلاق ونحوه وعند الشافعي يحجر عليه في الكل والسفه هو العمل بخلاف
موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف
في النفقة وان يتصرف تصرفا لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة
غرضا مثل دفع المال الى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارة
من غير محمدة واصل المسامحات في التصرف في البر والاحسان مشروع والاسراف
حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم
يقتروا وكان بين ذلك قواما وقال تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله
لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم فهذا نص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر
فان الولي هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له وقوله تعالى فان كان
الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل فهذا نص
على اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه ولا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه
وروي ان عبد الله بن جعفر رض كان يفني ماله في الجود والضيافات حتى اشترى
دارا للضيافة بمائة الف فبلغ ذلك علي بن ابي طالب فقال لاتين عثمان رض ولاسألنه
ان يحجر عليه فاهتم لذلك عبد الله وجاء الى الزبير فاخبره بذلك فقال انا شريكك
فيها فاشركه ثم جاء علي الى عثمان رض فسأله ان يحجر عليه فقال كيف احجر

على حجر شريكه الزبير وانما طلب ذلك لان الزبير رض كان معروفا بالكياسة في التجارة
فاستدل برغبته في شركته على انه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر
بهذا السبب وان عائشة رض كانت تتصدق بمالها حتى روي انه كان لها رباع فهمت
ان تبيع رباعها لتتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير رض فقال لانتهين عائشة
عن بيع رباعها او لاحجرن عليها ولان النظر له واجب حقا لاسلامه وليس من النظر له
تمكينه من التصرف على وجه لا تقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون
على البر فصار كالصبي بل اولى لان الصبي انما يحجر عليه لتوهم التبذير وهذا متحقق
منه ولهذا منع ماله في الابتداء اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد
لان ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظرا له ولابي حنيفة ان النبي صلى الله عليه وسلم
ذكر له رجل يخدع في البياعات فقال عم من بايعت فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وغيرهما
قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل الا يرى انه مخاطب فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف الصبي
والمعتوه فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان الحجر
عليه نظرا له لكان رفع التكليف انظر له فحيث كلفه الشارع يعلم انه لم ينظر له
وكيف ينظر له وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسوء اختياره وقلة تدبره
مكابر العقل ومتابع الهوى ولان في حجره الحاقا بالبهائم واهدارا لادميته وهو اشد
ضررا من التبذير والمذكور في قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم اموالنا لا اموال
السفهاء والمراد من الاية ان يطعموهم ويكسوهم من اموالنا ولا نسلمه اليهم والمراد
بالسفهاء الذراري من النساء والولدان لان النساء والصبيان اذا سلم اليهم
المال لاضيعوه هكذا قال ابن عباس رض وظاهر الاية يشهد لذلك حيث اضيف المال
الينا لا الى السفهاء ولئن كان اموالهم فيجوز ان يكون المراد بالسفهاء الصغار و
المجانين فلا حجة لهم فيه مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تاكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا يدل
على ان المراد بالاية الصغار لان معنى الاية والله اعلم لا تاكلوا اموالهم مبادرين كبرهم مخافة
ان يكبروا فلا يكون لكم ولاية عليهم ولا ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فينزع الاموال من ايديهم
بالكبر وهذا يشهد لابي حنيفة لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى
فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا لا يحتمل ان يكون المراد به الصبيان والمجانين
لان السفيه هو الخفيف لغة وذلك بنقصان العقل كالصبي او بعدمه كالمجنون
والصغير الذي ليس بمميز او نقول الاية تدل على ان ينفذ تصرف السفيه فان
الذي عليه الحق هو المديون الذي لزمه مداينة نفسه لقوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل
ثم قال وليملل الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا يعني الذي لزمه بذلك المداينة ثم قال
فان كان الذي عليه الحق سفيها اي الحق الذي لزمه بمداينته والله اعلم فليملل وليه
فهذا ظاهر على ان الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب

او لقلة ممارسته بالاملاء لانه يحتاج فيه الى فصاحة وتاليف كلام فيحتاج الى ان يملي
عنه غيره باختياره هو واقراره على نفسه واكثر الناس على هذه البيوع وان الذي عليه
الحق لا يقدر على كل ما يمليه وانما يعلم ما يملى عليه ثم لو لقنه غيره وحديث عبد الله بن جعفر دليل
لنا لان عثمان رض امتنع عن الحجر عليه مع سؤال علي رض وكلام علي رض كان على سبيل التخويف
وحديث عائشة دليل لنا ايضا لانها لما حلفت قولها ان لو يعن حلفت الا تكلم ابن الز
بير فلو كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذه الحلف من تغيير مجازاته على قوله فيما
هو حكم شرعي وبهذا تبين ان ابن الزبير قال ذلك كراهة ان تنفق مالها فتبقى الحقوق
فتصير عالة على غيرها والاصل ان هذا اولى لئلا يكون ابعد عن نسبة السفه والتبذير
الى الصحابة رضي الله تعالى عنهم اجمعين لا سيما امنا عائشة رضي الله عنها وهي
اكبر اهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم فكيف نظن بهم التبذير و
المبذرون اخوان الشياطين وما القائل لذلك الا المكابر نفسه وجاحد النصوص
وانما قلنا ذلك على سبيل الشفقة والتحرج عليهم وكان ذلك من عادتهم الى
الى ما روي عن ابن عمر انه قال ذكر لرسول الله عم انه يخدع في البياعات فقال من
بايعت فقل لا خلابة ولو كان الحجر واجبا او مشروعا لحجر عليه ومما يروى انس
قال اتى اهله النبي عم فقالوا يا رسول الله احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقله ضعف
فدعاه فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله اني لا اصبر عن البيع فقال عم ان كنت
غير تارك للبيع فقل هاوها ولا خلابة رواه ابو داود وابن ماجه والدارقطني
وصححه الترمذي وهذا اصرح ان الحجر غير مشروع وان نهيه عم كان على سبيل
الشفقة اذ لو كان عزيمة لما يسعه ان يقول لا اصبر عن البيع ولا كان يبايعه
تلك ٥ ومن بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة
فاذا بلغها دفع اليه ماله وان لم يونس رشده وان تصرف فيه قبل ذلك نفذ
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يحجر على السفيه ولا يدفع اليه ماله ما لم يونس
رشده ولا يصح تصرفه فيه لقوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
اموالهم ولقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم منع منا عن الدفع الى ما دام
سفيها وامرنا بالدفع ان وجد منه الرشد ولا يجوز الدفع اليه قبل وجوده
ولابي حنيفة قوله تعالى وآتوا اليتامى اموالهم والمراد به بعد البلوغ سمي
يتيما لقربه منه ولان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر
الصبي فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال السن وقد روي عن ابن عمر
انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال اهل الطبائع من بلغ
خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده الا ترى انه قد بلغ سنا يتصور ان
يصير جدا لان اقل مدة يبلغ فيها الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد

ستة اشهر ثم الولد يبلغ في اثنتي عشرة سنة فيولد له ولد لستة اشهر
فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان
هذا ليس باثر الصبا فلا يعتبر في منع المال والمراد بما تلونا من الاية الاولى
منع اموال السفهاء منع اموالهم على ما بيناه والاية الثانية فيها تعليق بالشرط
والمعلق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط فان باع لا ينفذ بيعه
عندهما لان فائدة الحجر عدم النفوذ وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان تصرفه
موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم مصلحة اجازه والا رده
كتصرف الصبي والمعتوه بل اولى لانه مخاطب عاقل وينفذ تصرفه فيما لا يضره
كالطلاق والعتاق ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند ابي يوسف لان السفه
ليس بشيء محسوس وانما يستدل عليه بالضرر في تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز
ان يكون للسفه ويجوز ان يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهرين فاذا تردد
لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي بخلاف الجنون والصغر والعته وعند محمد
لا يجوز لان علة الحجر السفه وهو متحقق في الحال فيترتب عليه موجبه كما في
الصبي والجنون فان اعتق نفذ عندهما وسعى العبد في قيمته لان الحجر
على السفيه كالحجر على المريض فانه لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم اذا اعتق عبدا
وجب عليه السعاية لغرمائه او لورثته في ثلثي قيمته ان لم يكن عليه دين ولا مال له
غيره لان الرد واجب بمعنى النظر وقد تعذر رد عينه فيجب نقضه بمعنى بايجاب السعاية
فكذا هنا وفي قول ابي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية
لانه لو سعى لسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق معتقه على
ان ما يلزمه السعاية لاجل غيره وان دبر عبده صح تدبيره لان التدبير يوجب
العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه في التدبير لا تجب عليه السعاية ما دام
المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك للمولى يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان
التدبير عليه لانه باق في ملكه والمولى لا يستوجب على عبده دينا فتعذر ايجاب النقصان
عليه الا يرى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فان مات
المولى قبل رشده سعى العبد في قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه وهو محجور
فعليه السعاية في قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير ٥
ونصح تزوجه بمهر المثل لان التزوج من حوائجه الاصلية فلا يؤثر فيه السفه وان
سمى اكثر من مهر مثلها بطلت الزيادة وان طلقها قبل الدخول بها وجب لها نصف
المسمى لان التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل ٥ ويخرج زكاة مال السفيه وينفق
منه عليه وعلى من تلزمه نفقته من ذوي ارحامه لان احياءهم من حوائجه الاصلية
واجب عليه حقا للقرابة والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى ويدفع

القاضي قدر الزكاة اليه ليؤديها بنفسه لان الواجب عليه الايتاء وهو عبادة عن
فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ولو وكل عليه امينا الا ان يؤدي كي لا
يصرفه الى غير المصرف فان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله
تعالى ابتداء وليس فيها صنع وفي النوازل هو ملحق بالصالح الا انه فيه ولا يمنع ايضا
من عمرة واحدة لانها واجبة عند بعض العلماء فيحكم بها احتياطا بخلاف ما اذا زاد
على حجة واحدة ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع من انشاء السفر لكل واحد منهما
على الانفراد فلان لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة تقل فيه اولى واحرى
ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان ابن عمر رضي الله عنه لا يجوز الا البدنة
فان جنى في احرامه ينظر ان كان جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق
عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كانت جناية لا
يجزئ فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه
الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر الى ان يكون مصلحا بمنزلة الفقير
الذي لا يجد مالا او العبد المأذون له في الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف
فعليه بدنة ثم يتأخر الى ان يكون مصلحا ويدفع نفقته الى ثقة ينفق عليه
في الطريق المحروس لئلا يتلفها بتبذيره ٥ وتصح منه الوصية بالقرب وابواب
الخير من الثلث الا كان له ولاية لان الحجر عليه بمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى
كلا على غيره وذلك في وصيته فيها لا يتلف جميع ماله فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته
حال استغنائه عن ماله وفيها ما يحصل من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته الجميل
هذا اذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا اهل الخير والصلاح نحو الوصية
بالحج او للمساكين او بشيء من انواع البر الذي يتقرب به الى الله تعالى ويستحسنه
المسلمون كالوصية ببناء المساجد والاوقاف والقناطير والجسور واما اذا اوصى
بما لا يستقبحه المسلمون فلا ينفذ فائدة المحجور بمنزلة الصبي الا في اربعة
احدها ان تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل والثاني
ان اعتاق المحجور وتدبيره ونكاحه وطلاقه جائز ومن الصبي باطل والثالث
ان المحجور عليه اذا اوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز
والرابع ان جارية المحجور عليه اذا جاءت بولد وادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي
لا يثبت ٥ ويحجر على المفتي الماجن وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم
الارتداد لتبين المرأة من زوجها وتسقط عنه الزكوة ولا يبالي ما يفعل من تحليل
الحرام وتحريم الحلال والطبيب الجاهل هو الذي يسقيهم دواء مهلكا فاذا قوي
عليه الداء لا يقدر على ازالة ضرره والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكراء
ويؤجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس

نعتمد ولا عليه ويتقوون بالكل اليه ويصرفونها باخذه منهم في حاجته فاذا
جاء اوان الخروج يختفي فيذهب اموال الناس وتفوت حاجاتهم من الغزو والحج
ولان دفع الضرر العام واجب اتفاقا وان كان فيه الضرر الخاص ولا يحجر
على فاسق بسبب فسقه وقال الشافعي يحجر عليه بسببه زجرا له وعقوبة عليه
كالسفيه عنده فانه يحجر عليه زجرا له وعقوبة على اسرافه والفاسق اولى
بذلك ولهذا لم يجعله اهلا للولاية والشهادة وعندهما يحجر السفيه نظرا له
صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فلا يحجر عليه قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم لان رشدا نكرة في سياق الشرط فيعم فيتناوله الآية
لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد
الا يرى ان الكافر لا يحجر عليه واي فسق يكون اعظم منه ولو كان الفسق موجبا
للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده على الكفرة اذ هو اعظم وجوه
الفسق ولا يخفى على احد فساد هذا القول ولا يحجر ايضا على مغفل بسبب
غفلته وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يهتدي الى التصرف الرابح
ويغبن في البياعات لسلامة قلبه اذا كان مصلحا لماله وهذا عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له وروي
ان اهل منقذ طلبوا من النبي عم ان يحجر عليه فاقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم
ولو لم يكن الحجر مشروعا لانكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لانه عم لم يجبهم
الى ذلك وانما قال له قل لا خلابة ولو كان الحجر مشروعا لاجابهم اليه ولا على
مديون ايضا ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند ابي حنيفة لان في الحجر اهدار
اهليته والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه لدفع ضرر خاص ويكفي
الحاكم في ولا يبيع القاضي ماله فيه لان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص ولكنه يأمر
بل يحبسه ابدا حتى يبيعه هو بنفسه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه
الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على البيع لان المقصود
من الحبس الحمل على قضاء الدين باي طريق شاء ان شاء يبيع ماله وان شاء بسبب آخر
ولا يكون ذلك اكراها على البيع عينا فان كان ماله من جنس دينه اداه الحاكم منه
يعني لو كان ماله ودينه دراهم قضى بلا امره وكذا اذا كانا دنانير لان
للدائن ان يأخذه بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضى المديون فكان للقاضي ان يعينه
ويبيع احد النقدين بالآخر استحسانا لانهما متحدان جنسا في الثمنية والمالية
ولهذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما
اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لا يجري بينهما ربوا الفضل لاختلافهما
فبالنظر الى الاتحاد تثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف تسلب

عن الدائن ولا يدل الاخذ عملا بالشبهين وعندهما يحجر عليه ان طلب غرماؤه ويمنع من
التصرف والاقرار ويبيع الحاكم ماله ان امتنع ويقسمه بين غرمائه بالحصص لما روي
ان معاذا ركبه دين فباع رسول الله عم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص
وان اقر المحجور عليه لزمه بعد قضاء ديونه لا في الحال لانه تعلق بهذا المال حق
الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مال
لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لانه فعل حسي والحجر لا يمنع في الافعال
الحسية وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعي
فامكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا في اقراره للتهمة حتى لو كان
سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد
مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم
تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده وينفق من مال المفلس عليه وعلى
من يلزمه نفقته من زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية
مقدمة على حق الغرماء والفتوى على قولهما في بيع ماله لامتناعه ويباع النقود
لانها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها ليكون بيعها اهون على المديون ثم
ان فضل شيء من الدين تباع العروض لانها قد تعد للتقليب والاسترباح فلا
يلحقه كثير ضرر في بيعها ثم ان لم تف ثمنها بالدين يباع العقار لان العقار
تعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة وقال بعضهم
يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف
منه ثم ببيع العقار ويترك له دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية
وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان للمديون
ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها و
يشتري بما بقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان اولى من التجمل وعلى
هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي
ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه وعن هذا قال مشايخنا يبيع ما
لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء ● ومن افلس
وعنده متاع رجل اشتراه منه فرب المتاع اسوة الغرماء فيه يعني بعد قبض المشتري
المتاع باذن البائع وان كان قبل القبض فللبائع ان يحبس المتاع حتى يقبض
الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير اذن البائع فللبائع ان يسترده ويحبسه
بالثمن وقال الشافعي للبائع الفسخ واخذ متاعه قبل القبض وبعده لحديث
سمرة قال النبي عم فامن وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به من غيره
رواه احمد وعن ابي هريرة رضه ان النبي عم قال من ادرك ماله بعينه عند رجل قد

افلس او انسان قد افلس فهو احق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة اخر
ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة والحق النظرة الى الميسرة
بالاية فليس له ان يطلبه قبلها ولا حجة له فيما روى لان المذكور في الحديث الاول
من وجد متاعه عند مفلس فهو احق به وفي الثاني من ادرك ماله بعينه عند
رجل قد افلس فهو احق به من غيره والمبيع ليس بعين مال البايع ولا متاع له
وانما هو مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه وضمانه بالبيع والقبض وانما ماله بعينه
يقع على المغصوب والعواري والودائع والاجارة والرهن فذلك ماله بعينه فهو
احق به من ساير الغرماء والحديث ورد فيه وانما يكون هذا الحديث حجة له ان لو
قال فاصاب رجل عين ماله قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه
فهو احق به من ساير الغرماء وهو نظير ما روى عن سمرة [illegible] ان النبي عم قال من
سرق له مال او ضاع له متاع فوجده عند رجل بعينه فهو احق بعينه ويرجع المشتري
على البايع بالثمن رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث يفيد ان جميع ما وجده في
يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مالك معين فاذا ظهر له مالك معين كان
هو اولى به من ساير الغرماء

فصل

حكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال
اذا وطي ويحكم ببلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شيء من ذلك
فاذا تم له ثماني عشرة سنة ولها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة وعندهما اذا تم
خمس عشرة سنة فيهما وهو رواية عنه وبه يفتى اي البلوغ فيهما بخمس عشرة سنة
اما الاحتلام فلما روى عن علي بن ابي طالب رضه انه قال حفظت عن رسول الله عم انه قال
لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه ابو داود والحبل والاحبال لا يكون الا
مع الانزال وكذا الحيض يكون في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ واما السن فلهم
ما روى عن ابن عمر رضه انه قال عرضت على رسول الله عم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة
فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فاجازني فالظاهر ان
النبي عم لم يجزه الا لانه بالغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان بلوغهما لا يتاخر عنها عادة
وهي احدى الحجج الشرعية فيما لا نص عليه ولابي حنيفة قوله تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة
هكذا قاله ابن عباس والقتبي وقيل اثنان وعشرون سنة وفي قول عمر رضه خمس
وعشرون سنة واقل ما قيل فيه ثماني عشرة سنة فوجب عليه تعليق الحكم به
للاحتياط غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في حق الغلام
لاشتمالها على الفصول الاربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى به ٥
وادنى مدته له اي ادنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه في حق الغلام اثنتا عشرة
سنة ولها اي الجارية تسع سنين كذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف

ذلك الا سماعا او بالتتبع ٥ فان راهقا اي الغلام والجارية وقالا
بلغنا صدقا وكانا كالبالغ حكما لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل قولهما فيه

كتاب المأذون

الاذن في اللغة الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق فان المولى اذا اذن
لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف
في مال المولى قبل اذنه ثم يتصرف العبد باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف
بلسانه الناطق وعقله المميز فلا يلزم سيده عهدته لان اول تصرف يباشره
العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء يتصرف لنفسه لا
لسيده لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء عند الطالب
وذمته خالص حقه لا حق السيد ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه السيد فكان
الشراء حقا له ولا يتوقت بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة فلو اذن له يوما او شهرا
فهو مأذون ابدا الى ان يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ولا يتخصص بنوع فاذا اذن
في نوع من التجارة كان مأذونا في سائر الانواع عندنا وعند زفر والشافعي رح كان
مأذونا في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع
لان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك
وهو الحكم يثبت للمولى دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به
ولنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية
العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير
وهو لا يجوز ٥ ويثبت الاذن صريحا ودلالة بان راى عبده يبيع ويشتري
فسكت سواء كان البيع للمولى بامره او بغير امره صحيحا او فاسدا وقال زفر
والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ما راه يبيع ويشتري لان سكوته
يحتمل الرضى ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا
راى اجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك
البيع بل له الخيار فهو بالسكوت فاولى ان لا يجوز به غيره من البياعات وكذا لو راى
القاضي الصبي او المعتوه او عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذنا في
التجارة مع ان له ان ياذن لليتيم والمعتوه اذا لم يكن له ولي ولعبدهما او كان لكل
واحد منهما ولي امتنع من الاذن له عند طلبه منه ذلك وكذا سكوت المرتهن عند
ما راى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضى في رواية وكذا اذا راى عبده يتزوج او
امته تتزوج لا يكون اذنا منه بالزواج وكذا لو اتلف مال غيره وصاحبه يشاهد
وهو ساكت لا يكون اذنا منه حتى كان له ان يطالبه بالضمان ولنا ان هذه
التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف

عبده يبيع ماله عند ذلك ولم ينه عليه فاذا سكت دل على رضاه به فصار اذنا دلالة
لاجل دفع الضرر عن الناس فانهم يعتقدون اطلاقه فلا ضيقا يقعون حال فعله
على ما تقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت الشفيع عند امر يحاسبه عن التعيين
والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى المقدم عند ما يرى ماله يقسم بين
الغانمين بخلاف ما اذا سكت عند ما راى الاجنبي يبيع ماله لانه توكيل والتوكيل
تصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في بيع ماله عنه
من مال المولى لانه ملك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا اذن ه
القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن لاسقاط حقه وسكوت
المرتهن اجازة في رواية فلا فرق بينهما والفرق على الاصح انا لو جعلناه
اجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن مقامه
في جعله رهنا وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل او يتوى عليه فلا يلحقه
هذا الضرر الا بالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزويج العبد والامة وفي بيع
مال الغير لان للمولى او صاحب المال فيه ضررا محضا فلا يلزمه بدون التزامه
صريحا بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المآل جانب النفع راجح لان
ما يلزمه من الديون لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح راجح ولان العبد في
النكاح وكيل عن المولى لان المولى يملك ان يعقد عليه بغير اختياره ولهذا
اذا اذن له بالتزويج لا يكون مأذونا له حتى لا يملك ان يتزوج الا واحدة لان
الوكيل لا يتعدى ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع ه وان اذن له اذنا عاما اشترى
شيئا بعينه او طعام للاكل او ثياب الكسوة ان يبيع ويشتري يعني لو اذن له اذنا
عاما بان قال له اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شيء بعينه ولا بنوع من
التجارة جاز له التصرف في جميع التجارات يبيع ويشتري لان اللفظ يتناول
جميع انواع التجارة واما اذا امره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة لا يكون
مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لانسد على المولى باب الاستخدام
وعلى هذا لو امره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونا له وكذا لو قال له اجر نفسك
من فلان لانه امره بعقد واحد فيكون استخداما واما لو قال له اجر نفسك
من الناس او اقعد صباغا او خياطا او قصارا او اد الي الغلة وانت حر حيث
يكون اذنا لانه امره بعقود متعددة فيدل ذلك على الاذن وكذا اذا قال له كل شهر
كذا او كل يوم كذا كان مأذونا له لانه لا يتوصل الى الاداء الا بالتكسب وذلك بالتجارة
وما التكرى والفاصل بينهما انه اذا اذن له بعقود متكررة كان مأذونا له كقوله اشتر
ثوبا وبعه او بع ثوبي هذا واشتر بثمنه وان اذن له بعقد ولم يوجد فيه ما
يدل على الاذن لا يكون مأذونا له عادة وقوله ادّ الي الغلة وانت حر عن قوله قوله

ان اديت الي الغلة فانت حر ولو اعطاه راوية وبغلا وقال استق عليه وبع الماء
من الناس كان اذنا لانه امره بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب العبد ثوبا فامره
مولاه ببيعه كان اذنا له لانه لا يمكن حمله على الاستخدام لعدم الملك فتعين
الاذن ولو امره بنوع من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت او
معاملة شخص لا يتقيد به ويوكل بهما اي بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة
لانها ايفاء واستيفاء ولعله لا يمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعاون
ويسلم ويقبل السلم اي يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويرهن ويرتهن لانه
وفاء واستيفاء وهما من توابع البيع ويزارع اي يأخذ الارض مزارعة لان فيه
تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج
وذلك انفع من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لم يلزمه شيء بخلاف
الاستئجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من
رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم جاز ويشتري بذرا
يزرعه لانه يقصد به الربح فان الزرع الاربح يأخذ به ويشارك عنانا وليس له
ان يشارك مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا يملك الكفالة الا باذن
فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملك المأذون
وهو الوكالة ويستأجر البيوت والحوانيت او اجيرا ويؤجر غلمانه او عقاره وغيره
من املاكه ولو نفسه وقال الشافعي ليس له ان يؤجر نفسه لان الاذن لا يتناول
التصرف في نفسه ولهذا لا يملك ان يبيع نفسه ولا يرهنها فكذا منافعه لان
المنافع تابعة للنفس ولنا ان الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع
المنافع دون النفس فيملكه وانما لا يملك بيع نفسه لانه يبطل الاذن اصلا لانه يخرجه
عن الاذن عادة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع الاجارة الا يرى ان الحر لا يملك
بيع نفسه ويملك اجارتها وكذا لا يجوز رهان نفسه لان الرهن يوجب الحبس على الدوام
الى قضاء الدين بحيث لا يقابله شيء فيفوت به غرض المولى وهو التحصيل فلا يملكه ويضارب
ويدفع المال مضاربة لانه من عادة التجار ويبضع اي يعطي بضاعة فيدفع المال
ليتجر به ويكون الربح له ويعير ويقر بدين ووديعة وغصب لان الاقرار من توابع
التجارة اما بالدين فلان والوديعة فظاهر مال البائع فلا يقبض الثمن فيكون دينا او
نقص فيه عنده واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان ه
فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكه
لادى ذلك الى انسداد التجارة فان الناس لو علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته
ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته
فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق الغرماء على

اسرهما من المال والكسب عند فقد الاقرار بما ليس من توابع التجارة كالاقرار بانه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاها فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا الاقرار بجناية على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان ضمان الجناية ظاهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم تظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور ● ولو باع او اشترى بغبن فاحش جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما لان البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود لان المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي حنيفة ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق ولا في حق المريض يعتبر من الثلث وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة ● ولو حابى في مرض موته العبد المأذون في مرض موته صح عقد محاباته من جميع المال ان لم يكن عليه دين وان زاد على الثلث وان كان عليه دين محيط بجميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لان المولى وارثه لانه رضي الاذن بسقوط حقه وهذا لان سقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا بماله ولم يبق منه شيء ادى المشتري جميع المحاباة او رد المبيع كالحر اذا حابى في مرض موته وان كان المولى مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرف المولى بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعد ما مرض اقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه
● وله ان يضيف معاملة ضيافة يسيرة لان التجار محتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروي ان النبي عم كان يجيب دعوة المملوك والمراد به المأذون له لان المحجور عليه ليس له ان يتخذ الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال التجارة قال محمد بن سلمة ان كان مال تجارته مثلا عشرة الاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال التجارة عشرة مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا ● ويحط من الثمن بعيب لانه من صنيع التجار وقد يكون الحط انظر له من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب او الحط اكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه ● ويأذن لرقيقه في التجارة لانه نوع تجارة والاصل ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة و العنان والوصي ولا يجوز ذلك للام والاخ والعم لانه ليس لهم ولاية التجارة

● لا ان يتزوج اي ليس للعبد المأذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ● او يزوج عبده وكذا امته خلافا لابي يوسف هو يقول عوض تزويج الامة دون العبد لان فيه تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة ولهما ان الاذن تناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ● ولا ان يكاتب لانه ليس من باب التجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة اقوى من الاذن لان الكتابة يوجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المال والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا اجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا اجازه زال المانع حينئذ وهذا لما عرف ان كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز باجازته فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد ان يقبض البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل فيه سفير ومعبر فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح وفي النهاية انه لو كان على العبد دين قليل او كثير فكتابته باطلة وان اجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل او كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع اصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف يتصور هذه المسألة وعلى قول من يقول هذا وانما الخلاف في المستغرق دقيقة فعند ابي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع واذا ادى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم اجاز المولى لا يعتق ويسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده ● ولا يعتق لانه فوق الكتابة ● ولو على مال فكان اولى بالامتناع وان اجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض الى المولى ان كان العتق على مال فان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند ابي حنيفة خلافا لهما بناء على انه يملك ما في يده ام لا ● ولا يقرض لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه ● ولا يهب ولو بعوض او بغيره لانه تبرع ابتداء او ابتداء وانتهاء ● او يهدي الا اليسير من الطعام قال في الهداية ليس له ان يهدي الا الشيء اليسير من المأكول وليس له ان يهدي الدراهم ولا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها بشيء يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لان ذلك مأذون فيه عادة ● والمحجور لا يهدي اليسير ايضا لعدم الاذن وعند ابي يوسف اذا دفع المولى الى المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه للاكل معه فلا بأس بخلاف ما لو دفع اليه قوت شهر لانهم اذا اكلوه يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لانه مأذون فيه عادة ● ويؤاخذ المأذون من الدين بسبب تجارة او في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وغصب وجحد امانة وعقر وطء مشتراة ظهر انها مستحقة يتعلق برقبته فيباع ان لم يفده المولى وقال زفر والشافعي يتعلق بالكسب لا بالرقبة

فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع لهما ان رقبته ليست من كسبه فلا تباع في دينه
كسائر املاك المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين الا بتعليقه ولان
غرضه بالاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت ما كان فلا يكون مشروعا اصلا ولنا ان هذا
دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات
ولان بيعه بالدين كان جائزا حين كان يباع الحر بالدين على ما روي ان النبي عم باع
رجلا يقال له سرق في دينه فانتسخ في حق الحر فبقي في حقه على حاله لعدم المانع
ولان تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود
المولى لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامله احد خوفا من توى مالهم فلا يحصل غرضه
واذا تعلق برقبته تعاملوا فيحصل غرضه ويندفع الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد
في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما جميعا ويبدأ بالكسب
لانه اهون على المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر
عن الغرماء ولا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال يقدم عليه او
دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي نصب ناظرا
للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم فوجب النظر للغرماء بالبيع ثم بيع القاضي هذا
العبد مجمع عليه بين اصحابنا [illegible] وان كان ابو حنيفة لا يرى بيع القاضي مال المفلس
ولا يرى الحجر على المطلق والفرق له انه انما امتنع بيع القاضي مال المفلس لان بيعه
يؤدي الى الحجر عليه وهو لا يرى حجر المطلق فامتنع لذلك واما العبد المأذون له فان المولى
محجور عليه عن بيعه قبل ذلك لانه لا يملك بيعه بعد ما تعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال
حق الغرماء فلا يكون محجورا عليه ببيع القاضي ولهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد ايضا
والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى واما ما لا يظهر في حقه لا يباع العبد به وانما يطالب به الا
بعد الحرية وتقسم ثمنه بين الغرماء ثمنه وما في يده من كسبه بالحصص لان ديونهم
متعلقة برقبته فيتحاصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة ويشترط لبيع العبد
نفسه ان يكون المولى حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان
ولا يكون العبد فيه خصما وبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور العبد
لان العبد هو الخصم في كسبه الا ترى انه اذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه وما بقي عليه
من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد عتقه ولا يطالب به في الحال
لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تف به فيبقى دينهم
على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على ايفائه ولا يقدر الا بعد العتق ولا يمكن
بيعه ثانيا لاستيفائه لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري انه يباع
عليه ثانيا او يستسعى يمتنع من شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيعود
الضرر على غيرهم فلا يشرع ولان الغرماء بالخيار ان شاؤوا استسعوا العبد وان

بين الغرماء بالحصص
ثمنه في نسخة

شاؤوا باعوه فاذا باعوه لم يبق لهم تعلق به لان من خير بين شيئين لا يجتمعان فاختار
احدهما بطل خياره في غيره وليس لهم الجمع بين ذلك ولو اشتراه بعد ذلك مولاه
الذي باعه للغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب
جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كانه عبد اخر وما اخذ من سيده منه
قبل الدين لا يسترد لوجود شرط الخلوص له لانه حين اخذه منه كان فارغا عن حاجته
فخلص له بحق القبض وله اخذ غلة مثله مع وجود الدين يعني لو كان المولى يأخذ
من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له ان يأخذه بعد لحوقه
استحسانا والقياس ان لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان
ان في اخذه الغلة منفعة للغرماء لان حقهم متعلق بكسبه ولا يحصل الكسب
الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منع من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب
فكان ما يأخذه من الغلة تحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه والزيادة عليها للغرماء يعني
لو اخذ المولى من العبد اكثر من غلة مثله يسترد منه الزيادة لتقدم حقهم بلا ضرورة
لانه لو لم يمكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن في اخذه فائدة لهم فيمنع فيتقدم
حقهم ∘ وينحجر المأذون ان ابق وقال الشافعي يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي
ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الابق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا
فلان لا ينافي بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى
لو اذن لعبده المغصوب الذي عجز المالك عن اخذه بان لا يكون له بينة او يكون الغاصب
مقرا به وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه ابقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه
لا يرضى بكونه مأذونا الا على وجه يتمكن من قبض كسبه ولم يتحقق ذلك من الابق فلا يكون
راضيا به واعلم يكن ما ينافي الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند
التصريح بخلافها وعلى هذا الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق
هل يعود الاذن فالصحيح انه لا يعود او مات سيده او جن مطبقا او لحق بدار الحرب مرتدا
اي يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد او لم يعلم لان الاذن غير لازم وما
لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء كانه يأذن له ابتداء في كل
ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فدل على انه كان عليه كانشاء الاذن
فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الاهلية
بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده و
يقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط
فيه علمه ولا علم اهل سوقه لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم وكذا علم اهل سوقه
او حجر عليه وعلم به اكثر اهل سوقه وقال الشافعي يحجر عليه وان لم يعلم به احد من اهل
سوقه وهذا بناء على ان الوكيل لا ينعزل قبل العلم بعزله وعنده ينعزل حتى لو

وكذا لا يشترط لصحة الحجر ان يعلم العبد بنفسه عنده وعندنا الشرط هو تحول ان
المولى يتصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره وكذا الحجر وعليه
لو صح بدون علمهم لتضرروا لانه اذا اكتسب شيئا فالمولى يأخذه وان لحقه دين تقوم
البينة انه كان محجورا عليه قبله فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم ولبس عن تحقق
لا يدري العتق ام لا ومتى يعتق فيكون غارا لهم فلا يكون محجورا عليه حتى يعلموا دفعا للضرر
عنهم ويكتفي بالاكثر اهل سوقه والقياس ان لا يكتفي الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم وجه
الاستحسان ان اعلام الكل متعذر او متعسر وفيه حرج وهو مدفوع فيكتفي بالاكثر لان
الاشتهار وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لا يصير محجورا عليه حتى
لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار مأذونا له في حق من لم يعلم
صار مأذونا له في حق من علم ايضا لان الاذن لا يقبل التخصيص وان الحجر لا يتجزى
كما لا يتجزى الاذن لانه ضده فكان كل واحد منهما لا يقبل التخصيص فترجح جانب
الكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام لا سيما في
موضع الاشتهار ولهذا اكتفى بتبليغ الرسالة الى الاكثر حتى لا يعذر بعد ذلك
احد بالجهل لاحكام الشرع في لازمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بها و
تنحجر الامة المأذون لها ان استولدها المولى لان العادة جرت بتحصين
امهات الاولاد وانه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة
ودليل الحجر كصريحه بخلاف ما اذا اذن لام ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة
فكان اولى بالاعتبار ولا ان دبرها لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل
الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد
حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فكاك
الحجر ويضمن القيمة للغرماء فيهما اي يضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لانه اتلف
بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع
تقضى حقوقهم • واقراره بعد الحجر بدين او بان ما في يده امانة او غصب صحيح عند
ابي حنيفة خلافا لهما لان المصحح اقراره هو الاذن وقد زال بالحجر فيده على اكسابه
قد بطلت بالحجر لان يد المحجور عليه غير معتبرة وصار كما اذا اخذه المولى من يده بعد حجره
قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع ونحوه او كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر فاقر
بعد الحجر بدين اخر او كان الدين في يده من المال حصله بعد الحجر بالاحتطاب
ونحوه ولهذا لا يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا تباع رقبته بالدين
بالاجماع وجه الاستحسان ان المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح
اقراره قبل الحجر عليه فيما اخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر
حكما فراغ ما في يده من الاكتساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها [illegible]

المولى من يده قبل الاقرار لان يده قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة
وحكما فلا يبطلها اقراره وكذا في اقراره بعد ما باعه المولى في ملك غيره صار
كعين اخرى لما عرف ان تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره كاقرار عبد اخر
فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما اخذه من يده وكذا في ما اذا كان عليه
دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق اصحاب الديون تعلق بما في يده [illegible]
اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له كالمريض يقر بدين وعليه دين الصحة
فان اقراره لا يقبل في حق غرمائه فيقدمون عليه وكذا في ما اكتسبه بعد الحجر لان
حقهم لم يتعلق به لان حق الغرماء لم يتعلق بكسب المحجور عليه وكذا في رقبته لا يصح لانه ليس
في يده لان ملك المولى في الرقبة ثابت حتى ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين
مستغرق فلا يملك ابطاله بخلاف ما في يده من الاكساب فان المولى لا يملكه اذا استغرقه
الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت لا ترتفع الا حكما بالحجر وشرط
ارتفاعه بالحجر ان لا يكون عليه دين الا ترى ان المولى ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام
الدين حتى يوفيه ولما كان شرط ولاية ابطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر في حق
زوال يد العبد عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدليله ولا يكتفي بثبوت عدم الدين بعدم
دليل وجوده واذا لم يثبت الحجر بهذا العدم في حق ما في يده ولو احاط دينه
بماله وبرقبته بقي الاذن على حاله في حقه كان لم يحجر عليه • وان استغرق دينه
رقبته وما في يده لا يملك سيده ما في يده فلو اعتق عبدا في يده لا يصح عند ابي حنيفة
وعندهما يملك ما في يده من كسبه فيصح عتقه عبده وتلزمه قيمته للغرماء لانه
ملك المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسب الرقبة
الا ان الرقبة اصل وكسبه فرع واستغراقها بالدين لا يوجب خروج المأذون له
عن ملكه حتى لو اعتقه نفذ عتقه فيه ويملك وطء المأذون لها فكذا كسبه الذي
في يده لانه يتبع بيع اصله فيكون مثله وتعلق حق الغرماء به استيفاء
لا يوجب خللا في ملكه ولو اوجب لما حل وطء المأذون لها لان الوطء لا يحل بدون
كمال الملك بخلاف الورثة اذا اعتقوا عبدا في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث
لا ينفذ العتق لان انتقال الملك الى الورثة عند استغنائه عنه نظرا له في
هذا التقدم في الارث الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب انفع له واذا كان
عليه دين كان النظر في الصرف الى قضاء الدين دون النقل الى الورثة فلا يملكونها
ولابي حنيفة ان ملك المولى لا يثبت في كسب العبد التاجر الا عند فراغه
عن حاجته كملك الوارث والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه لاحتياجه
في ملكه فلا يعتق باعتاقه لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم بخلاف رقبته لان
المولى لا يخلفه في ملك رقبته بل كان مالكا له من قبل الاذن فيبقى ملكه بعد الدين على

ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى يصح اعتاقه ولا يملك ما
في يده من اكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فلا ينفذ عتقه في رقبة المأذون له عنده و
عندهما ينفذ وفي كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لانه اتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم
وكذا لو اتلف المولى ما في يده من العبيد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال عندهما
لانه ملكه وانما ضمنه لتعلق حق الغرماء به وعنده في ثلث سنين لانه ضمان جناية لعدم
ملكه وكذا اذا اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق وكذا لو
استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق صارت ام ولد له ويضمن قيمتها
ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه بات حقيقة و
عنده صادف حق الملك ولهذا لا يجوز للمولى ان يتزوجها ولو اعتق المولى وعلى العبد دين
مستغرق فوطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند
ابي حنيفة لان العتق توقف عنده على ان ينفذ عند تملكه الجارية الا ترى انه لو قضى دين
الغرماء وابرأ الغرماء العبد من ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية
بالاستيلاد وان لم يستغرق دينه رقبته وما في يده يصح عتقه اتفاقا اما عندهما
فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملكه فلا يصح اعتاقه لان الملك
متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما كان في الرهن وجه
قوله الآخر ان الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز ان يمنع الملك
في الكل لان شرط عدم الملك لم يوجد في الكل فلا يجوز ان يمنع بقدره لان البعض ليس
باولى من البعض فيثبت الملك في الكل ولانه لا يخلو عن قليل دين ولو جعل القليل مانعا
لانسد باب الانتفاع بكسب عبده فيختل ما هو المقصود من الاذن واصله ان يستغرق
التركة الدين يملك الوارث في التركة وان كان غير مستغرق ففي قول ابي حنيفة الاول
كذلك وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة ○ ويصح بيعه من سيده بمثل
القيمة لا باقل اذا باع العبد المأذون الذي لزمه ديون من المولى شيئا بمثل
قيمته جاز لانه كالاجنبي وان باع منه بنقصان لم يجز مطلقا اي سواء كان
كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي ذلك
فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من وارثه بمثل قيمته حيث
لا يجوز عند ابي حنيفة لان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان للناس فيهم
اغراضا في العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية
حتى كان للحر ان يبيع جميع ماله بمثل القيمة وباقل منه الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين
لان له ان يحابي بقدر الثلث كما يجوز له ان يتبرع وبعد موت المريض الغرماء احق بالمالية
والورثة احق بالعين حتى كان لهم ان يستخلصوها بالقيمة وكذا اذا سلم البعض
وهذا الحق لهم في التركة كحق المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى كان

له استخلاصه وحق الغرماء في المرضين لم يتعلق الا بالمالية حتى لا يكون لهم
الاستخلاص بالقيمة اصلا وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه من المولى جاز البيع
فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع لان
في المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبي
بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشتري بازالته لان البيع باليسير
من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه
تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز
ويؤمر بازالة المحاباة ولا يجوز من العبد المأذون له على اصلهما الا بما يجوز من المولى
ولا فرق في البيع من الاجنبي وهو اذن فيما يشتريه بنفسه غير ان ازالة المحاباة
لحق الغرماء واختلفوا في قول ابي حنيفة في ان فساد البيع لان في هذا البيع للتهمة واشبه
بيع المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمة فيه والصحيح انه
ولا كقولهما لان للمولى سبيلا من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة ولا البيع فلا ان يكون
له ملك بالبيع اولى فصار نظير تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الاجنبي بالغبن الفاحش حيث
والبيع سواء عنده كقولهما ○ وصح بيع سيده منه بمثل القيمة او باكثر فلو باع باكثر
حط الزائد او نقض البيع لان المولى اجنبي عن كسبه عنده اذا كان عليه دين والكلام
فيه لانه لا يملك كسبه فخرج المبيع عن ملكه ان باعه بمثل قيمته او باقل فيصح كما مع الاجنبي
وعندهما جواز البيع بحسب الفائدة وقد وجد لان المولى يستحق الثمن والعبد المبيع
فيثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد ○ وان سلمه سيده قبل قبض الثمن
سقط الثمن اي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشيء
لانه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا بخلاف ما
اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه به
عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به من الغرماء لان الدين لا يجب في ذمة
العبد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرماء وكذا
ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن
لانه يجوز ان يثبت للعبد المأذون المديون دين على مولاه الا يرى انه لو
استهلك المولى شيئا من اكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما في يد
العبد ويحبسه حتى يسترد الثمن لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط
ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده
ما بقي العين قائما في يده لانه يجوز ان يكون العين المملوكة للمولى في يد عبده

كذا يجوز ان يكون مالكا اليد فيه واما العبد لا يستبد لانه صار ... عكس الحابس
على عبده ولذا له ان يسلمه حتى يأخذ ثمنه اي يجوز للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن
من العبد لان البيع لا يزيل ملكه اليد ما لم يصل اليه الثمن فبقي ملك اليد للمولى على ما
كان عليه حتى يستوفي الثمن وهذا لانه اخص به من سائر الغرماء ولان للدين تعلقا
بالعين لانه مقابله ويسلم نسيئة وكان له ان يستبد بالعين المقابل به فيكون المولى
احق فيه لتعلق حقه بالعين وهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لانه مقابل
رقبته مع انه لا يجب له على عبده بخلاف ما اذا سلم المولى المبيع اولا حيث يسقط دينه
لذهاب تعلق حقه بالعين فصار الثمن دينا مطلقا فسقط ∘ ويضمن السيد
ان اعتقه المأذون مديونا لغرمائه الاقل من قيمته ومن الدين لانه اتلف ما
تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ
فاوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له
مدبرا او ام ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرماء لان حق الغرماء لم يتعلق
برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا وان كان الدين
اقل من القيمة ضمن الدين لا غير لانه حقهم وان كان الدين اكثر من قيمته ضمن
قيمته بالغة ما بلغت لان حقهم تعلق بالرقبة فيضمنها كما اذا اعتق الراهن المرهون
وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا لان الدين مستقر في ذمته لوجود
سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما اتلف فبقي الباقي عليه
كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم ان يتبعوا العبد بالكل وسواء المولى
عنه لان دينهم عليه واذا اختاروا اتباع احدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول
عنه ولو اعتقه المولى باذن الغرماء فلهم ان يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا
كاعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر فانه يخرج من الرهن باذنه والعبد
المأذون له لا يبرأ من الدين باذن الخصم ∘ وان باعه المولى بثمن لا يفي وهو
مديون مستغرق بثمن لا يفي بديون الغرماء بدون اذنهم والدين حال
وغيبه المشتري فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه لان الحق لهم فلهم
الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ولو كان البيع باذنهم لم يكن هنا ضمان فكذا
اذا اجازوا وكذا اذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين
البائع واذا كان الدين على المأذون مؤجلا الى اجل فباعه المولى باكثر من
قيمته او اقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا
حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم حقهم وهو المالية او تضمين اي شاؤوا
من السيد والمشتري قيمته اما السيد فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض
والتغييب لان كل واحد منهما متعد في حق الغرماء فان ضمنوا السيد ثم رد

عليه بعيب رجع عليهم بالقيمة وعاد حقهم في العبد اي ان رد المشتري العبد على
البائع بالعيب بعدما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى بقيمته على الغرماء وكان حق
الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا
باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه
بالقيمة التي دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه
فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط واما اذا رده بعيب بعد القبض
بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة
وهي بيع في حق غيرهما وان فضل من ثمنه شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية ∘
وان باعه سيده واعلم بكونه مديونا فللغرماء رد البيع اي اذا باع المولى هذا العبد
الذي يبيعه مديونا يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع
بينهما لازما فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم
وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاستسعاء تام موفر
والاستيفاء ناقص وان لم يف بدونهم معجل والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان
يردوه قال المشايخ تأويله اذا لم يصل ثمنه اليهم وان وصل ولا محاباة في البيع فليس اي ليس
لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم ∘ فان غاب البائع فالمشتري ليس خصما لهم ان لو كان
اي لو باع المولى عبده المديون وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء
اذا انكر المشتري الدين هذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هو اي المشتري خصم
ويقضي لهم بالدين لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده ولهما
انه لو جعل خصما لمدعي عليه والدعوى يتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون
الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ولها شفيع ثم وهبها
لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسألة ∘ ومن قدم مصرا
وقال انا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة
لانه اذا اخبر انه مأذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على
اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما
اخبر انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني اخبر انه مأذون في التجارة
وهذا اقرار على المولى والاقرار عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ان الناس
تعاملوه من غير اشتراط شيء من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به
القياس ولان في ذلك ضرورة ولو كان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه فيه
واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس امره اتسع حكمه وما عمت
بليته سقطت قضيته ولا ستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة في البضاعة

وما اشبهها والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء منه فالقياس فيه ان لا يثبت
الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون له لان تعامل
وديته يشغلانه عن ارتكاب المحرم فيجب حمله عليه لوجوب حمل امور المسلمين على الصلاح
ما امكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن العباد
ولا يشترط فيه الاخبار انه ماذون بل يكتفي بظاهر حاله فاذا ثبت انه ماذون له
بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون فيستوفى من
كسبه وان لم يوف الكسب الا انه لا يباع في الدين الا لم يف الكسب بدينه ما لم يقر
سيده باذنه لان ملك المولى في رقبته ثابت فلا يصدق في اقراره على مولاه و
لا يلزمه من وجوب الدين عليه ان يباع فيه فان حضر المولى واقر باذنه يباع
بالدين لظهور الدين في حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان المولى قوله
لتمسكه بالظاهر فلا يباع الا اذا اثبت الغرماء الاذن منه بالبينة فحينئذ يباع
لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا انهى ببينة كما سبق **فصل** تصرف الصبي
ان نفع كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن وان ضر كالطلاق والعتاق
فلا ولو باذن وان احتملهما اي النفع والضرر صح بالاذن لا بدونه لان الصبي
العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه طفلا لا عقل له من حيث
انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحق بالبالغ
في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن
لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن لكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة
الولي لان فيه منفعة لصيرورته مهتديا الى وجوه التجارات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا
خلافا لزفر لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه فاذا اذن للصبي في التجارة
ابوه او جده اي اب الاب عند عدمه اي عند عدم الاب او وصي احدهما اي
وصي الاب او الجد او القاضي فهو كالعبد الماذون في جميع ما ذكرنا من الاحكام
من انه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون ماذونا له بسكوت الولي
حين ما يراه يبيع ويشتري ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى
غير ذلك من الاحكام التي ذكرناها في العبد الماذون بشرط ان يعقل كون
البيع سالبا للملك والشراء جالبا له وان يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير
من الفاحش بين الكتابين فلو اقر الصبي بما في يده من كسبه او ارثه صح فان
المولى اذا اذن الصبي في التجارة صح اقراره بكسبه لانه من تمام التجارة اذ لو لم يصح اقراره لا يعامله
الناس مع ان اقرار الولي لا يصح لانه اقرار على الغير واقرار الصبي اقرار على نفسه والحجر لنفع بالاذن
صار كالبالغ وصح اقراره بما ورثه ايضا في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه لا يصح في الارث
لانه انما يصح في الكسب لكونه من توابع التجارة ولا كذلك في الارث والمعتوه

وهو الذي في عقله اختلال بحيث يخلط كلامه فيشبه تارة بكلام العقلاء واخرى
بكلام المجانين اذا اذن له وليه في التجارة بمنزلة الصبي الماذون له فيها وقال الشافعي
لا يجوز تصرفات الصبي والمعتوه لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا
النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم شرط البلوغ والرشد للدفع
اليهم في هذه الآية ونهى عن الدفع الى السفهاء في الاولى وهذا سفيهان وليسا
بالغين ولانهما محجور عليهما لاجل انفسهما شرعا وعلة الحجر قائمة بهما فلا يزول بالاذن
بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال بالاذن ولانهما مولى عليهما
في هذا التصرف حتى يملكه الولي وبعد حجرهما فلا يصلحان ان يكونا وليين لتنافي
لان كونهما مولى عليهما بسبب العجز وكونهما وليين بسبب القدرة والعجز والقدرة
لا يجتمعان ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى امر بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار
لهما وهو يتحقق بالاذن وذلك بان ياذن له في التجارة وهذا يفيد ان الصغير اهل للتصرف
وان تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عم لا يتم بعد
الاحتلام وقوله تعالى واتوا اليتامى اموالهم وهذا امر بدفع اموالهم اليهم فلولا ان
تصرفه معتبر شرعا لما امر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم تمكين لهم من التصرف
فيه ولان التصرف المشروع صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب
القول بنفاذه كالعبد الماذون له ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية وكذا في الاهلية
لان الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام في مثله فثبت
الولاية بصون الكلام عن الالغاء والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته وباذن الولي
يستدل على ثبوت هدايته الى التصرف اذ لما اذن له الظاهر انه لا بعد معرفة هدايته وجعل
ولاية الولي لاجل النظر له ليتسع له طرق التحصيل بحصول طريقين بمباشرته ومباشرة الولي
وتمكن الولي من حجره لاحتمال تبذير ماله ومتى جعلناه وليا باعتبار الاهلية لم نجعله موليا
عليه ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار نقصان الولاية لم نجعله وليا فيه فصح اذن الوصي والقاضي لليتيم

كتاب الغصب

هو في اللغة اخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره والاصح يطلق على اخذ الحر
ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب وفي الشرع ازالة اليد المحقة باثبات اليد
المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد
المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير
صنعه كما اذا غصب دابة فتبعتها اخرى او ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه
وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اثبات اليد المبطلة
وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر وغير المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا ما لا يقبل النقل
كالعقار وعند محمد الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الشافعي هو اثبات اليد العادية

لا بغير حق يضمن العقار بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه واثباتها
ولا يضمن زوائد الغصب عند محمد لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي
يضمنها لوجود اثبات اليد فيها فاستخدام العبد وحمل الدابة غصب لا الجلوس
على البساط لانه باستخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير بغير اذن المالك اثبت
يد اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده ازالة يد المالك عنه فيتحقق الغصب
بخلاف الجلوس على بساط الغير لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا
يرجح به على المتعلق عند التنازع فلم يحصل في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد
المالك فيه ما بقي اثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ٥ وحكمه الاثم
لمن علم ووجوب رد عينه في مكان غصبه ان كانت باقية والضمان لو هلكت
قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال لا يحل لاحدكم
ان ياخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا وان اخذه فليرده عليه ولانه بالاخذ فوت عليه
اليد وهي مقصودة لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف
ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع انه لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا
للضرر عنه فيعود الى ما كان وانما وجب رد عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف
باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة به ورد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا
لانه اعدل واكمل لان فيه رد الصورة والمعنى ورد القيمة او المثل مخلص فيصار اليه عند تعذر
رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به
لكونه قاصرا وكذا يبرا الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى
كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدري انه ملكه او بغير ذلك من تسليم بايداع او
شراء ولو لم يكن هو الواجب الاصلي لما برى الا باعلام وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل
الواجب الاصلي هو المثل او القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابراه عن الضمان حال قيام العين
يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك ولو ابرأ عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب
يصح مع انها لا تصح بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص
بالدين فدل على ان الواجب هو المثل او القيمة وكونه لا يصار اليه مع القدرة
على رد العين لا يدل على انه ليس باصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل
والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها وانما يبرا الغاصب
بالتسليم الى المالك من غير علمه لعينه لان حقه متعين في العين فصار كالمبيع
بيعا فاسدا فان المشتري يبرا برده باي وجه كان وان لم يعلم البائع بخلاف
المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله او قيمته من اي
عين كان وذلك لا يتعين الا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم
ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فباي طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه

فلهذا ما عينه من الجهة كان في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عنه
ولغا ما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتادى الا بالتعيين
لعدم التعيين وعند الشافعي لا يبرا الغاصب باكل المالك الطعام المغصوب
من غير علمه لان هذا ليس برد بل هو ضد عنه لان الانسان يرغب في اكل ما لا غيره
ما لا يرغب في اكل ما لنفسه ولو علم لما اكل فلم يكن ردا الا بتقديمه له للاكل من غير
علمه فانا هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا يمنع وقوعه عن الواجب
ففي المثلي كالكيلي والوزني والعددي المتقارب يجب مثله لقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد
امكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان اعدل واتم في جبر الفائت فكان اولى من القيمة ولاسيما
ينبئ عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل جهة فكان ايجابه اعدل ولا معنى
لقول الظاهرية ان الواجب فيه القيمة باعتبار ان وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة
لا نسلم انه اعدل وتسميته في الاية اعتداء مجاز للمقابلة لقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة
مثلها والجزاء ليست سيئة وانما سميت بها مجازا كذا هنا الثاني ليس باعتداء فان انقطع المثل
عن ايدي الناس يجب على الغاصب قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بغصب ذات المثل ولا ينتقل
الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان
المثل اعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع القدرة عليه لمقصودها فلا يجب قبل
انقطاع المثل للقدرة عليه لانه خلف عنه ولا سبق وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز
عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف ان المثلي لما انقطع التحق بذوات
القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها ولهذا لان القيمة
خلف عن المثل حتى لا يصار اليها الا عند العجز والخلف يجب بما يجب به الاصل وهو
القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولابي حنيفة ان
المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو
صبر الى ان يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لو يعود
الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته يوم الانتقال وحد الانقطاع ان لا يوجد
في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وفي القيمي اي الذي لا
مثل له كالعددي المتفاوت والبر المخلوط بالشعير يجب قيمته يوم الغصب اجماعا
لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو
القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله والاسم ينبئ عنها وقال مالك يضمن
مثله صورة لما روي ان النبي عليه السلام كان في حجرة عائشة رض فجاءت
يضرب الحجاب فاتت بقصعة من ثريد من عند بعض ازواج النبي عم فضربت

عائشة رض القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله عم يأكل من الارض ويقول
غارت امكم ثم جاءت عائشة رض بقصعة مثل تلك القصعة فدفعها واستحسن ذلك
رسول الله عم منها وقضى علي رض في ولد المغرور بفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية
وكذا امر النبي عم في عبد بين رجلين يعتقه احدهما فقال ان كان موسرا ضمن قيمة نصيب
شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص
صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث اوجبها على المعتق ان كان موسرا وعلى العبد
ان كان معسرا وحديث عائشة كان على طريق المروة ومكارم الاخلاق لا على طريق
اداء الواجب اذ كانت القصعتان للنبي عم ومعنى قول علي رض بفك الغلام بالغلام اي بقيمة
الغلام حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه اي بقيمة نفسه يؤيده انه قد صح
عنه وعن عمر رض انهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والاية لا تنافي
ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بيناه فكانت
الاية شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلا معنى ولهذا
قال شريح رض من كسر عصى فهي له وعليه قيمتها وما قال ذلك الا انه فهمه من الاية
والمراد بالمثلي المكيل والموزون والعددي المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى يضمن
مثله عددا خلافا لزفر هو يقول ان المماثلة في العدد لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد
وهذا لا يجري فيه الربوا فلا ينقطع بكون المضمون مثلا لتلف فيصار الى القيمة
لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل والموزون لان المماثلة فيه تثبت
بالنص وهو قوله عم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكذا قال في الذهب والفضة
وهما موزونان والحنطة مكيل فامكن اعتبار المماثلة فيها للعلم بها قطعا ولا
الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولكنا نقول العددي قلنا انما يعتبر
المماثلة في المالية ومالية هذه الاشياء متساوية فان الفلس عدل الفلس
في المالية وكذا الجوز والبيض ولهذا لا تتفاوت قيمة احاده عرفا فكانت المماثلة
فيه اتم من المكيل فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلا له صورة ومعنى و
لا معنى لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لان المكيل والموزون ايضا كذلك لان
لان مطلق الجنس لا يكفي بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة كالجودة والرداءة وذلك
يعرف بالاجتهاد واوضح منه ان القيمة ايضا لا تعرف الا بالاجتهاد فان معنى
لنا فالاول لم يكن له بد من الاجتهاد في الكل والمراد بما لا مثل له غير المكيل والموزون
والعددي المتقارب كالثياب والحيوان وما ليس المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة
المخلوطة بالشعير والخبز المخلوط بالزيت ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه
ضرر كالاواني المصوغة نحو القمقم والطست ٥ قال ادعى الغاصب الهلاك
حبس حتى يعلم انه لو كان باقيا لاظهره ثم يقضي عليه بالبدل لان حق المالك

ثبت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا
ادعى المديون الافلاس وليس حبسه حد مقدر بل هو موكول الى رأي القاضي كحبس
الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك
واقاما البينة فبينة الغاصب اولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة
لمن يدعي العوارض وعند ابي يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب الضمان
والاصل في تنكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب وان كان ثابتا باتفاقهما
لكن حاصل الاختلاف بينهما يؤول الى وجوب الضمان وعدمه فكانت البينة لمن يثبت
٥ والغصب انما هو فيما ينقل لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور
في المنقول فلو غصب عقارا فهلك في يده لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد لان الغصب يتحقق باثبات اليد العادية وازالة اليد المحقة وذلك
ممكن في العقار لان اثبات اليدين المتنافيتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما
فيه فاذا ثبت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان
اليد عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على
التصرف فكانت في يد الغاصب ضرورة ومن ضرورته انتفاء يد المالك فيضمن
به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع بالجحود وبالاقرار به لغير المالك
وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء وقول النبي عم من غصب شبرا من الارض طوقه الله
يوم القيامة من سبع ارضين نص على انه يتحقق فيه الغصب ولنا ان الغصب تصرف في المغصوب
باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله واقصى ما
ما يعرض فيه اخراج المالك عنه وذلك يكون تصرفا في المالك لا في العقار فلا يوجب
الضمان كما اذا ابعد المالك عن المواشي على ما بيناه بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة
على الخلاف في الاصح فلا يلزم ولئن سلم فالضمان فيه بترك الحفظ الملتزم بالجحود
والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو اقام
الشاهد البينة ان ذلك العقار لهذا لم تقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت والعقار
يضمن بالاتلاف والمذكور في الحديث الجزاء في الاخرة وكلامنا في الضمان في الدنيا
وهو يدل على ان المذكور جميع اجزائه ولو كان موجبا للضمان لبينه لان الحاجة
اليه ماسة وزيادة الضمان عليه يكون نسخا ولا يجوز ذلك بالرأي واطلاق لفظ
الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر في
قوله عم من باع حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لان في لسان الشرع
حقيقة ومجاز وعلى هذا الاختلاف لو باع العقار بعد الغصب واقر الغاصب بذلك
وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري لانه ملكه ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما
لانه لم يتلفه وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة ٥ وما نقص منه بفعله

كسكناه وزرعه ضمنه كما في النقلي وهذا بالاجماع والفرق هو ان المنفعة
بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف ان يكون في يده
الا ترى ان الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا المنقول قال
وعلى هذا لو كسد اثر العقار بعد اخذه واختلفوا في تفسير النقصان فقال نصير بن يحيى
انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان
وعن محمد بن سلمة تعتبر ذلك بالشراء يعني انه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده
فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة
ذكره في النهاية ان محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ويأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما
غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند ابي حنيفة ومحمد حتى لو غصب
ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه
يأخذ منه اربعة اكرار ويتصدق بالباقي وعند ابي يوسف لا يتصدق بشيء لان الزيادة
حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من النقصان يملكه باداء الضمان والمضمون يملكه باداء
الضمان عندنا مستندا الى وقت وجوب السبب وهو الغصب هنا فتبين انه حدث في ملكه
اذ الخراج بالضمان عنده بخلاف ما اذا لم ينقص لانعدام الملك لعدم الضمان وهذا لانه يجب
عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله وكذا الجص ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير فكان سبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل فصار كما اذا لم ينقص
بالاستعمال ولان الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فصار ناقصا فلا يظهر في حق
انعدام الخبث وكذا لو استغل العبد المغصوب فنقصه الاستغلال لا اجر المستعار
ونقص يضمن النقصان وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف وقد ذكرنا الوجه من الجانبين في المسألة التي قبلها وانما يضمن الغاصب
النقصان اذا كان النقصان في العين وكان غير ربوي لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه
ضمان قيمة ما تعذر رده من اجزائه كلا او بعضا بخلاف المبيع حيث لا يجب النقصان
الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شيء من الثمن لان الاوصاف
لا يضمن بالعقد ويضمن بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد ان رده
في مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان في العين بفوت الجزء
وان كان ربويا لا يمكنه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدي الى
الربوا اذ الجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان يأخذه ولا شيء
له وبين ان يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه او قيمته من خلاف
جنسه واستغلال العبد المستعار بالايجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه
ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابي يوسف والوجه ما بيناه
ولو هلك في يده بعد ما استغله فضمنه المالك كان له ان يستعين بالغلة في

[illegible]

اداء الضمان لان الخبث كان لاجل المالك فاذا اخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه
وهذا لو سلم الغلة اليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم ويؤدي منه
عين القيمة بقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعد ما استغله وهلك في يد المشتري
وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب
ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري
ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤدي به اليه الا اذا كان لا يجد غيره
فيؤدي هو على غيره من الفقراء باعتبار انه ملكه وهو محتاج اليه كما ان الملتقط
له ان يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا اصاب مالا تصدق بمثله
ان كان غنيا وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا شيء عليه ○ وان تصرف في المغصوب
او الوديعة فربح وهذا يتحقق بالتعيين تصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لابي يوسف ايضا لان التصرف في المغصوب او الوديعة وربح فهو على وجوه اما ان
يكون مما يتعين بالتعيين كالعروض او لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له
التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح فكون
هنا فانه لا يطيب له ويتصدق لان العقد متعلق به فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بهلاكه
فكان لا يطيب له قبل القبض فيمكن الخبث فيه وان كان لا يتعين فقد قال الكرخي
انه على اربعة اوجه فان اشار اليها ونقدها فكذلك لا يطيب له الربح لان الاشارة
اليه لا يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا اذا تأكد بالنقد منها وان اشار
الى غيرها ونقدها او اشار اليها ونقد غيرها او اطلق ونقدها طاب له الربح
اتفاقا وبه يفتي والمختار انه لا يطيب مطلقا اي قبل ان يضمن وبعد الضمان واطلاق
الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك ووجهه انه بالنقد منه استفاد سلامة
المشترى وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر والوصف
فيثبت فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي
في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق بشيء منه
والوجه ما بيناه وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان
ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون دراهم وان كان في يده من بدله
خلاف جنس ما ضمن بان ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام او عروض لا يجب عليه التصدق
بالاجماع لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر
الربح ○ ولو اشترى بالف الغصب او الوديعة جارية تساوي الفين فوهبها او
طعاما فاكله لا يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما
يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل دراهم وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح

فصل

وان غير ما غصبه فزال اسمه وعظم منافعه او اختلط بملك الغاصب

حيث لا يعلم عينه اصلا او الا يخرج زال ملك المغصوب منه عنه وضمنه الغاصب وملكه
ولا يحل انتفاعه به قبل اداء الضمان كشاة ذبحها وطبخها او شواها او قطعها او بر غصبه
او زرعه او دقيق خبزه وعنب او زيتون عصره وقطن غزله وغزل نسجه وحديد ضربه
سيفا او صفر جعله آنية وساجة او لبنة بنى عليهما لانه لو لم يملكه الغاصب ملكه
لحقه ضرر وكان ظلما والظالم لا يظلم بل ينصف وان جعل الفضة او الذهب دراهم
او دنانير او آنية لا يملكه الغاصب وهو لمالكه بلا شيء عند ابي حنيفة وعندهما
يملكه الغاصب وعليه مثله وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك عن العين وهو
رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال
الربوية لانه يفضي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف ان ملكه يزول عن
العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفى به دين المغصوب منه لتعينها وجب له عليه
الغصب من المثل او القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه احق به من سائر غرمائه
على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الابق بعد رضاه مطالبا حقه فصار كالمشتري
اذا قبض المبيع بغير اذن البايع قبل ايفاء الثمن بل اولى لان الملك اقوى من اليد فان له
ابطال حق اليد به فاولى ان لا يبطل به حق الملك للشافعي ان العين ملكه فيبقى ملكه ما
بقيت العين ويتبعها وصفها اذ هو قائم بها فيخرج هو لكونه صاحب اصل ولان الدقيق
كان وقت اجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ
والتاريب في الشاة ولان فعله محظور فلا يكون سببا للملك لان المحظور لا يناط به
نعمة الملك على اصله فلا يعتبر فعله فصار كما اذا وقعت الحنطة في الطاحونة وطحنت
بفعل الماء والهواء من غير صنع احد ولنا انه استهلك العين من وجه الا ترى ان المقاصد
قد فات بعضها وكذا الذات قد فات من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم اخر وقد
احدث فيه الصنعة وهي حق الغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت بذلك وان كان وصفا
على الاصل الذي هو فائت من كل وجه فكانت اولى بالاعتبار وهذا لان الزيادة حصلت للعين
بفعل الغاصب فكانت كسبا له والكاسب احق بكسبه من غيره وان كان في محل مملوك للغير
لان الحكم يضاف الى العلة لا الى المحل وذاته حقه قائم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات فكان
اولى من الترجيح بالاصل لانه يرجع الى الترجيح بالحال وهو البقاء وهذا ترجيح بالذات وهو
الوجود من كل وجه فكان الترجيح به اولى لان الحال قائمة بالذات والحظر لغيره لا يمنع
ان يكون سببا للحكم شرعا الا ترى ان الصلوة في الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول
الثواب الجزيل فاحتمل الملك بخلاف ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم الشاة
بل الشاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتاريب لا يفوت به المقصود بالذبح
ولا يحصل به تبدل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد لها اسم
اخر فصارت كعين اخرى حصلها بكسبه فيملكها غير انه لا يحل له الانتفاع به قبل ان يؤدي

الضمان كيلا يلزم منه فتح باب الغصب وفي منعه حسم مادته ويدل عليه قوله عم في الشاة
المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ اطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع به او لم يملكه
لما قال ذلك والقياس ان يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن ابي حنيفة
لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره ووجه الاستحسان
ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل الا ترى ان المشتري شراء فاسدا
ينفذ تصرفه فيه مع انه لا يحل له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه واخذه او حكم الحاكم
بالقيمة او تراضيا على مقدار حل الانتفاع به لوجود الرضى من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم
الا بطلبه فحصل المبادلة بالتراضي وقال ابو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة
يجوز له الانتفاع قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل
عنده وقد بيناه من قبل واما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما
يملكها الغاصب بضربها دنانير ودراهم او اواني لما ذكرنا في غيرهما والجامع انه احدث فيه
الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة ان العين باقية من كل وجه ولم تهلك من
وجه ما الا ترى ان الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو باق وكذا كونه موزونا باق
حتى يجري فيه الربوا اعتبارا وكذا الصنعة فيها غير متقومة ايضا مطلقا
الا ترى انها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما وقال الكرخي و
الفقيه ابو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساحة اذا بنى حولها واما اذا بنى عليها
فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساحة من وجه كالاصل لهذا
البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك
كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساحته لانه وجد عين ماله فكان احق به بالنص
وعندنا ينقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال النبي
عم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يجوز
فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن ادمي او ادخل لوحا مغصوبا في السفينة
وقال في المحيط هذا اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة
الساحة اكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها فان ذبح الغاصب الشاة
المغصوبة فالمالك ان شاء طرحها عليه وضمنه قيمتها او اخذها وضمنه نقصانها
لانه اتلاف من وجه لفوات بعض المنافع كالحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم
وكذا لو قطع يدها او قطع طرف دابة غير ماكولة يضمنه المالك جميع قيمتها لانه استهلاك
من كل وجه او خرق الثوب خرقا فاحشا فوت بعض العين وبعض نفعه وفي يسير نقصه
ولم يفوت شيئا من النفع ضمن نقصانه مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين
قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان قد
اختلفوا في حد الخرق اليسير والكثير فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه

يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة لاستوائه الهالك والقائم فيخير المالك بين ان يجعله
الى الهالك او القائم والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين
وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان الاستهلاك
المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض
المنافع والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة
بقيام اكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل باحدهما ومتى امكن العمل بهما لا يصار
الى الترجيح ولا نشتغل به وههنا امكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار له فلا يعتبر
الراجح ٥ ومن بنى في ارض غيره او غرس امر بالقلع اي قلع البناء والغرس والرد اي رد الارض
الى صاحبها لقوله عم ليس لعرق ظالم حق اي ليس لذي عرق ظالم ووصف العرق بصفة صاحبه
وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله ولان الارض باقية على ملكه اذ لم توجد
مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها
وردها الى المالك هذا اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء اكثر
فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة ويأخذها وان كانت الارض تنقص بالقلع فللمالك
ان يضمن له قيمتهما مأمورا بقلعهما فتقوم الارض بلا شجر او بناء وتقوم مع احدهما
مستحق القلع فيضمن الفضل اي فضل ما بينهما وانما يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق
القلع وليس له ان يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا وذلك بان ينظر
الغرس حطبا والبناء اجرا او لبنا او حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير ان
يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية ٥ وان صبغ الثوب
المغصوب احمر او اصفر او لت السويق المغصوب بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه
قيمة ثوب ابيض ومثل سويق او اخذهما وضمن ما زاد الصبغ والسمن لان الصبغ مال
متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما امكن وكان صاحب
الثوب اولى بالتخيير لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف وهو تابع للاصل وكذا السويق
اصل والسمن تبع فيخير صاحبه لتعذر التمييز وان صبغه اسود ضمنه قيمته
ابيض او اخذه بلا رد شيء لانه نقص وهذا عند ابي حنيفة وعندهما الاسود
زيادة كغيره من الالوان وهو اختلاف زمان فان بني امية في زمان ابي حنيفة
كانوا ممتنعين عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد
فاجاب كل على ما شاهده من عادة اهل عصره ولا خلاف بينهم في الحقيقة
لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة
والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى للتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا
الزيادة والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بان كانت قيمته ثلاثين
درهما مثلا فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ينظر الى ثوب يزيد فيه

ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب
وجب له على الغاصب ضمان قيمة ثوبه عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه
خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام
عن محمد

فصل

وان غيب الغاصب ما غصبه وضمن قيمته ملكه الغاصب ملكا مستندا
الى وقت الغصب وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب تعد محض فلا يكون موجبا للملك لانه حكم
شرعي يستدعي سببا مشروعا ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب بكماله اي رقبة ويدا فوجب
ان يخرج المغصوب عن ملكه لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ووجب ان يدخل
في ملك الغاصب والا لزم ثبوت الملك بلا مالك ويسلم له اي للغاصب الاكساب
لانه تبع للكسب بدل المنفعة دون الاولاد لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب ٥
والقول في القيمة للغاصب مع يمينه ان لم يبرهن المالك على الزيادة فان برهن المالك
على الزيادة لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز
المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب
لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل و
قال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين الا ترى ان المودع
اذا ادعى رد الوديعة تقبل قوله ولو اقام البينة تقبل بينته وكان ابو علي النسفي يقول
هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة
هو الصحيح فان ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما ضمنه الغاصب وقد ضمنه بقول
المالك او ببرهانه او بالنكول اي بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك
لانه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه وان ضمنه بقوله اي بقول الغاصب
مع يمينه فالمالك ان شاء امضى الضمان او اخذه اي المغصوب ورد عوضه لعدم
تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما اخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضى به
ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب
مع يمينه قال الكرخي لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت
له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوت الرضى وقد فات ههنا حيث لم يحصل له
ما يدعيه وله ان لا يبيع ماله الا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار ثم اذا اختار
المالك اخذ العين فللغاصب ان يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها اليه
لانها مقابلة العين ٥ ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك اي عند الغصب
فبينة الغاصب اولى خلافا لابي يوسف هو يقول بينة المالك اولى لانها
مثبتة للضمان ولهما ان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته
لان الغاصب يدعي زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب يكون اولى ٥ ومن
غصب عبدا فباعه فضمنه المالك نفذ بيعه وان اعتقه فضمنه المالك

لا ينفذ عتقه اي لو باع الغاصب المغصوب او اعتقه ثم ضمنه المالك قيمته
نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت
مستندا او ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في
حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب لان الولد اصل من وجه تبع من وجه قبل
الانفصال وبعده اصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة
وهي تبع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق الا يرى ان البيع ينفذ
من المكاتب والماذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشتري بالخيار في
الاصح لانه عتق يترتب على سبب ملك قام بنفسه باجازة المالك البيع عند ابي حنيفة
وابي يوسف وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك
تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب ۵ وزوائد المغصوب غير
مضمونة لانها امانة ما لم يتعد فيها او منعها بعد طلب المالك اياها سواء كانت
متصلة كالحسن والسمن او منفصلة كالولد والثمر لان الغصب ازالة يد المالك باثبات
اليد عليه ولا يتصور ذلك في الزوائد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق
تفويت اليد فلا يصير غصبا فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع عند طلبه لان المنع بعد
۵ وان نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب ضمن نقصانها ويجبر النقصان
بقيمة الولد او بالغرة ان وفت وسقط ضمانه عن الغاصب وان لم تف يسقط
بحسابه لان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات
جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال في حق
لا يتعدى به الا يرى انه لا يجوز التصرف فيه ببيع او هبة ونحوه فاذا صار مالا به انعدم
ظهور النقصان به فانتفى الضمان ۵ ولو زنى بامة غصبها فردها حاملا فولدت
فماتت بها اي بالولادة ضمن قيمتها يوم علوقها بخلاف الحرة وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما لا تضمن في الامة ايضا الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل
ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب
حادث في يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمنها الغاصب الا النقصان ولابي حنيفة
انه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم
يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها او دفعت بها بعد الرد فانه يرجع
بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى يبقى ضمان الغصب
ويفسد به الرد ولا يجب ردها اصلا ولو ردها محمومة فماتت لا يضمن لان الموت يحصل
بزوال القوى وانه يتوالى يترادف في الالام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه
ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة وكذا لو زنت عنده فردها فجلدت فماتت منه فانه
لا يضمن الا نقصان عيب الزنا ۵ ولا يضمن منافع ما غصبه سواء سكنه او عطله خلافا للشافعي

ان عمر وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وضربه ورد الجارية مع
عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجرة منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب
جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع اولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيان
وجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه السلام كل انسان
احق بكسبه فلا يضمن ملكه ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا يتصور
ذلك فيها لانها اعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا الاتلاف لانه لا يخلو اما ان يرد
على الاتلاف قبل وجودها او حال وجودها او بعد وجودها وكل ذلك محال اما قبل وجودها
فلان اتلاف المعدوم لا يمكن واما حال وجودها فلان الاتلاف لا يطرأ على الموجود دفعة لانه
قارنه منعه واما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم
الا في الوقف ومال اليتيم فان منافعهما تضمن كذا في العمادية وغيرها ۵ ولا ضمن
المسلم او خنزيره بالاتلاف لعدم تقومهما في حقه للنهي الوارد فيهما وضمن القيمة
فيهما اي ضمن متلف الخمر والخنزير قيمتهما لو كانا للذمي لقوله عليه السلام فاذا قبلوا عقد
الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي ان كل حق يثبت
في حق المسلمين يثبت في حقهم لان حقهم يزيد على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن
الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام لان الخلف لا يخالف الاصل فسقط تقومهما في حقهم وانا
امرنا ان نتركهم وما يدينون الا يرى الى قول عمر رضي حين سال عماله ما يصنعون بما يمر
به اهل الذمة من الخمور قالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من
اثمانها جعلها متقومة وبيعها جائز لهم كما امرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى
فاجتنبوه يتناول المسلم فالنسخ في حقه فبقي في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يعتقد
لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم فيتعذر الالزام ۵ وان اتلف ذمي خمر ذمي
ضمن مثلها لقدرته عليه ولا يصار الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على تمليكها
وتملكها فلا يصار الى القيمة لان المثل عدل ولا ضمان بالتلف في الميتة ولو لذمي
لانهم لم يعتقدوا عوضا ولا بالتلف في متروك التسمية عمدا ولو لمن يبيحه لان ولاية
المحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه البيع
لا ينعقد صحيحا ۵ وان غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له اخذها المالك بلا شيء
لان التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فتبقى على ملك المغصوب منه
لان المالية لم تثبت بفعله والمراد خلطها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل
الى الشمس فلو اتلفها الغاصب ضمنها اي لو اتلف الغاصب الخمر التي خللت قبل
ان يردها الى صاحبها ضمن الخل لانه اتلف مالا لغيره اي لا يضمن لو تلفت لانه
لم يوجد منه التفويت وان خللها بالقاء ملح ملكها الغاصب ولا شيء عليه للمالك
لان الخمر لم يكن متقوما والملح متقوم فيرجح جانب الغاصب فيكون له بغير شيء

وخلافا للشافعي لانه لا يضمن الحر
لانها عندهما ... الغاصب
... ان ... زمانا
... الخطاء
... هو

وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يأخذها المالك إن شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل
قلت لم يملكها الغاصب لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما لأن ملكه باق فيه وهذا
بأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له خلافا بالاستهلاك ثم يعطيه ما زاد الملح فيه
كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فإن الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا
ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لأنه واجب الرد عليه فإذا فوته عليه وجب
عليه قيمته خلفا عنه ولأبي حنيفة أن ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وجعل
متقوما لا يستحاله مالا متقوما ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الملح
فيه فكان ضمانه. وإن خلطها الغاصب بالماء خل ملكها ولا شيء للمالك سواء
صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها وهذا عند أبي حنيفة لأن الخلط استهلاك
واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وكذا عند محمد إن تخللت من ساعتها لأنه استهلاك
وإن لم يتخلل من ساعتها إلا بمرور الزمان فالخل بينهما على قدر ملكيهما لأنه
لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كأنه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند
محمد وإن كان مائعا لأن الجنس لا يستهلك بجنسه وفي ظاهر الجواب فيها أنه يقسم
بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها أو بعد حين أما عندهما فلأن
الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند أبي حنيفة لأن الخلط إنما يوجب زوال
الملك إذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لأن خمر المسلم لا يضمن
بالإتلاف فصار كما إذا اختلط بنفسه من غير صنعه ٥ وإن غصب جلد ميتة فدبغه
بما لا قيمة له كالتراب والشمس أخذه المالك بلا شيء لأن الصنعة فيه لم يبق حقا
للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يكون له حبس ولا الرجوع بسببها فلو
أتلفه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لأنه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق
للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالإتلاف واختلفوا
في كيفية الضمان فقيل يضمن قيمته مدبوغا وفي ظاهر الرواية غير مدبوغ لأن وصف الدباغة
هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الأول على قول إنه لا يكون إلا صفة الدباغة
تابعة للجلد فلا يفرد عنه وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته وإن دبغه
بما له قيمة كالعفص والقرظ يأخذه المالك بلا شيء ويرد على الغاصب ما زاد الدبغ
فيه بأن يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه
حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل فلو أتلفه
الغاصب قبل أن يرده إلى صاحبه لا يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمنه مدبوغا
إلا قدر ما زاد الدبغ ولو تلف في يده لا يضمن اتفاقا والمتفق عليه لا يحتاج إلى دليل
لأن دليله الإجماع ٥ ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو أراق له سكرا أي
منصفا ضمن قيمته لغير لهو ويصح بيع هذه الأشياء وهذا عند أبي حنيفة

وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وعليه الفتوى لأنها معدة للمعصية فسقط تقومها
كالخمر ولأنه فعله بإذن الشرع لقوله عليه السلام بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير وقوله
عليه السلام إذا رأى أحدكم منكرا فليغيره بيده وإن لم يستطع فبلسانه وإن لم يستطع فبقلبه
وذلك أضعف الإيمان والكسر هو الإنكار باليد وهذا لو فعله بأمر ولي الأمر كالإمام
لا يضمن فبأمر الشرع أولى ولأبي حنيفة أنه أتلف مالا ينتفع به من وجه آخر سوى
اللهو فلا يبطل قيمته لأجل اللهو كاستهلاك الأمة المغنية لأن الفساد مضاف إلى
فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية وقد وجد والأمر
بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم عليه وليس لغيرهم إلا باللسان على أنه يحصل
بلا إتلاف بالمنع بالأخذ منه ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الأمة المغنية
والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي وتجب قيمة السكر والمنصف
لا المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا
لأنه مال متقوم في حقه وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف في الدف والطبل
اللذين يضربان للهو وأما الدف والطبل اللذان يضربان في العرس والغزو فيضمن
بالاتفاق ولو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما لأنه ممكن الإراقة بدونه وعند أبي يوسف
لا يضمن لأنه لا يتوصل إلى الإراقة إلا به وكذا لو هدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع
الفساد حتى قالوا أيضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه
أنه أحرق البيت على النوح حين سمع شيئا في بيته وقد هجم عمر رضي الله عنه على نائحة في بيتها ثم
ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال
إنها لا حرمة لها وتطول في قوله لا حرمة لها أنها لما اشتغلت بالنوح خرجت عن حرمتها في
الشرع فكذا سقطت بما صنعت حرمتها ولحقت بالإماء وروي أن الفقيه
أبا بكر البلخي خرج على نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤوس والذراع فقيل
له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن إنما الشك في إيمانهن كأنهن حربيات وأيضا
فإن ذلك استدلال بما روي عن عمر رضي الله عنه ثم الأمر بالمعروف فرض إن كان يغلب على
ظنه أنه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم أنه يقاتل بذلك أو يضرب وهو لا يصبر
على ذلك ويقع الفتن فتركه أفضل ولو علم أنه يصبر على الضرب والضرر ولم يصل
إلى غيره بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم أنهم لا يقبلون منه
ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والأمر أفضل ٥ ومن غصب مدبرة فماتت في يده
ضمن قيمتها ولو أم ولد فلا ضمان عند أبي حنيفة خلافا لهما حيث يضمن أم الولد أيضا عندهما
لأنها متقومة كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرنا وجهه في الجانبين
في كتاب العتاق ٥ ولو شق الزق لإراقة الخمر لا يضمنه عند أبي يوسف خلافا لمحمد لأن الإراقة
ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لأنه مال متقوم ولأبي يوسف أنه كان مأذونا في الإراقة

وفيه لا يتيسر له ذلك الا بالمشي فيكون مأذونا ۞ ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او
رباط دابته او فتح اصطبلها او قفص طير فذهب خلافا لمحمد لانه تخلل بين فعله و
التلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطير واختيارهم
صحيح وتركه منه مقصود والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل الا ترى ان المجنون
يضمن ما يتلفه وان كان معدوم العقل فيضاف التلف الى المباشر دون السبب
خلافا لمحمد في الدابة والطير لانهما مجبولان على النفار فيضمنهما عنده ولا
ضمان ايضا على من سعى الى سلطان بمن يؤذيه ولا يندفع الا بالسعي او بمن يفسق
ولا يمتنع بنهيه لانتفاء السبب وتخلل فعل فاعل مختار ولا على من قال للسلطان
قد يغرم وقد لا يغرم ان فلانا وجد مالا فغرمه شيئا وان كانت عادته ان يغرم
البتة ضمن لوجود السبب وكذا يضمن الساعي لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له
عن السعاية وبه يفتى ۞ ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ وان لم يعلمه على ما بيناه من قبل

كتاب الشفعة

هي في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم
لانه يضمهم بها الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثاني والشفيع فيما
نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة وفي الشرع تملك العقار على مشتريه
بما قام عليه جبرا وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى وانما تجب لدفع ضرر
الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار
وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار لا سيما
اذا كان يضاده كما قيل اضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون
المحل عقارا سفلا كان او علوا احتمل القسمة اولا وان يكون العقد عقد معاوضة
مال بمال وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها
وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ
حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب ۞ وتجب اي تثبت
الشفعة بعد البيع لان البيع هو السبب لها ولهذا لو اسقط الشفيع الشفعة
قبل الشراء لا يصح لكونه اسقاطا قبل وجود سببه وتستقر بالاشهاد لانها حق
ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة وتملك بالاخذ بقضاء او رضاء
اي تملك الدار المشفوعة بالاخذ اما بالاخذ بتسليم المشتري برضاه او بحكم الحاكم مع ان
الاخذ ان ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الى الشفيع الا برضاه او بحكم الحاكم لان للحاكم
ولاية عامة فيقدر على ذلك وفي ضمن الحكم بالحق ولاية على نفسه فوق ولاية القاضي عليه
فكان اولى بذلك الا ان الاخذ للشفعة بقضاء القاضي احوط حتى كان للشفيع ان يمتنع
من الاخذ لا بتسليم المشترى له بغير قضاء لان في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة

معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له فاذا كانت المشفوعة مملوكة باحد الامرين
فقبل وجود احدهما لا يثبت له فيها شيء من احكام الملك حتى لا يورث عنه اذا مات
في هذه الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في
هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها ۞ وانما تجب الشفعة للخليط
في نفس المبيع فان لم يكن او سلم فللخليط في حق المبيع كالشرب والطريق الخاصين
كنهر لا يجري فيه السفن وطريق لا ينفذ ثم للجار الملاصق ولو بابه في سكة اخرى
لما روى جابر رض ان النبي ع م قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة او حائط
لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك وان باعه
ولم يؤذنه فهو احق به رواه مسلم والنسائي وابو داود وعن عبادة بن الصامت رض ان
النبي ع م قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور رواه عبد الله بن احمد في المسند
وقال ع م الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا رواه
ابو داود واحمد والدارقطني وابن ماجه وقال ع م جار الدار احق بالدار من غيره رواه
احمد وابو داود والترمذي وصححه وقال ع م الجار احق بسقبه ما كان رواه احمد والنسائي
وابن ماجه وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكرنا لانها وجبت لدفع الضرر
الدائم الذي يلحقه من جهته فكلما كان اكثر اتصالا كان اخص ضررا واشد تعبا
منه فكان احق بها لقوة الموجب فليس للاضعف ان يأخذ مع وجود الاقوى
الا اذا ترك فحينئذ يأخذ اذا اشهد بانه يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد
عند ذلك سقط حقه وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقول جابر ان النبي ع م
قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا
شفعة رواه البخاري وقال ع م اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
رواه الترمذي وصححه وقال ع م اذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة رواه
ابو داود وابن ماجه بمعناه ولنا ما رويناه والمراد بما روى والله اعلم انه
لا يجب للجار بقسمة الشركاء لانهم اخوته وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل
التوفيق بين الاحاديث وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة
غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة دون اهل العليا وان بيعت
في العليا فلاهل السكتين الشفعة لان في العليا حقا لاهل السكتين حتى كان
لهم كلهم ان يمروا فيها وليس في السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون لهم ان يمروا فيها
ولا لهم فتح الباب اليها والشرب الخاص عند ابي حنيفة ومحمد ان يكون نهرا صغيرا
لا تجري فيه السفن وان كان كبيرا تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع ارض
من الاراضي التي تسقى منها لا يستحق اهل النهر الشفعة بسببه والجار احق منهم

بخلاف المصر الصغير وقيل اذا كان اهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون
فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم
قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم باربعين وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا
يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض الى راي
المجتهدين في كل عصر فان راهم كثيرا كانوا كثيرا وان راهم قليلا كانوا قليلا
وهو اشبه الاقاويل ٥ ومن له جذوع على حائط اي حائط الدار المبيعة
او شركة للبايع وخشبة عليه اي على الحائط جار ولا يكون خليطا في حق المبيع
ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا لوجود اتصال بقعة احدهما ببقعة الاخر فيستحق
الاخر الشفعة على انه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وان كانت له
شركة في نفس الجدار فشريك لا يتقدم به على غيره من الجيران لان الشركة في البناء
المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء
مشتركا بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران ويتاتى ذلك بان يبني الشريكان في
المشترك ثم يقتسما الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه على الشركة
وانما كان هو اولى لانه شريك في بعض المبيع والشريك اولى اما في موضع البناء
فظاهر لكونه شريكا فيه واما في الباقي فكذلك عند محمد واحدى الروايتين عن
ابي يوسف لان الضرر اخص به حيث كان شريكا في البعض فيقدم على الجار وفي
رواية اخرى عنه هو والجار سواء في غير موضع الجدار لان استحقاق الشفعة
في غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه وعلى هذا لو كان
بعض الجيران شريكا في منزل من الدار او بيت منها فبيعت الدار كان هو احق في المنزل
واستووا في البقية في رواية لان كلهم جيران في حق البقية وكذا لو كانت دار بين
رجلين ولاحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين اخر غير شريكه في الدار فباعوا كان
الشريك في الدار اولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والاخر جار والشريك في
البئر اولى بالبئر لانه شريك فيها والاخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين عليه
علو لاحدهما مشترك بينه وبين اخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه
في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع
في حقه وجار في حق الاخر وشريك في الحق اذا كان طريقهما واحدا ٥ وهي اي
الشفعة في المبيع تكون على عدد الرؤوس اذا كانت الشفعاء كثيرين لا على مقدار
السهام لانهم استووا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل
في كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد اخذ الكل والاستواء في العلة توجب
الاستواء في الحكم ولا يترجح بكثرة العلل بل بقوة فيها الا يرى ان احد الخصمين

اذا اقام شاهدين والاخر اربعة فهما سواء ولو اسقط بعضهم حقه قبل القضاء لهم
كان لمن بقي ان ياخذ الكل لان السبب استحقاق الكل قد وجد وتوفر في حق كل واحد
منهم والتشقيص للمزاحمة وقد زالت ونظيره الرهن فانه محبوس بكل الدين وبكل جزء
من اجزائه وهذا لو في البعض او كان رهنا عند رجلين فقضى دين احدهما ليس له ان ياخذ شيئا
من الرهن بخلاف ما اذا اسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب التارك
لانه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الاخر ولو كان بعضهم غائبا يقضى
بالشفعة بين الحاضرين في الجميع لان الغائب يحتمل ان لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو
كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة ثم اذا حضر وطلب الشفعة قضي له
بها لتحقق طلبه غير ان الغائب اذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل ولا اسقط الحاضر
حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء وهو نظير ما لو قضي للشريك ثم ترك ليس للجار
ان ياخذه لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه وبطل لانه قضي عليه بذلك
لتقدمه عليه ولو اراد الشفيع ان ياخذ البعض ويترك البعض فليس له ذلك الا
برضى المشتري لانه يتضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعاء
نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه بالاعراض ويقسم بين الباقين على عدد
رؤوسهم وكذا لو كان احد الشفيعين حاضرا والاخر غائبا فطلب الحاضر الشفعة
في النصف على حساب انه يستحق النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل لعدم
المزاحمة فاذا ترك في شيء منها وجد الاعراض فيه فيسقط في الكل لكونه لا يتجزى وكذا لو
كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب احدهما الكل
والاخر النصف بطل حق من طلب النصف وللاخر ان ياخذ الكل او يترك وليس له
ان ياخذ النصف لما ذكرنا ٥ فاذا علم الشفيع بالبيع يشهد في مجلس علمه انه يطلبها
ويسمى طلب مواثبة والشرط ان يطلب كما علم على الفور من غير تاخير ولا سكوت لان سكوته
بعد العلم دليل على رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته ولو اخبر بكتاب والشفعة
في اوله او وسطه فقرا الكتاب الى اخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري او الثمن
لان السكوت انما يكون دليل الرضى بعد العلم بهما ثم اذا اخبر بحضرة الشهود يشهدهم
عليه وان لم يكن بحضرته احد يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب يصح من غير
اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله
تعالى وليمكنه الحلف اذا احلف ولئلا يكون معرضا عنها ولا راضيا بجوار الدخيل ويشترط ان يكون
متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروي عن محمد وعنه ان له التامل الى اخر المجلس
كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التامل فيه كسائر التملكات وبهذه الرواية اخذ الكرخي ولو قال
بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم او سبحان الله لا
تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب من قصده

الاضرار به والثالث لافتتاح الكلام به ولا يرد شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاع
وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا يرد ذلك
قبل العلم به على الاعراض وكذا لو قال سبحان الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب
الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره بها رجلان غير عدلين او واحد عدل
عند ابي حنيفة او رجل وامرأتان لان فيه الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيه
احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا اخبره
واحد حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا اذا كان الخبر حقا وان لم يشهد بطلت
شفعته ولو اخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم فيه
والعدالة غير معتبرة في الخصوم ○ ثم يشهد عند العقار ان الحق متعلق بها
او على المشتري وان لم يكن ذا يد لانه مالك او على البائع ان كان المبيع في يده
ولم يسلم الى المشتري فانه اذا سلمه اليه لم يصح الاشهاد عليه لخروجه عن ان يكون
خصما اذ لا يد له ولا ملك فاذا فعل ذلك استقرت شفعته [illegible]
فيقول ان المشتري فلان هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وانا اطلبها
الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى طلب تقرير واشهاد وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية
المبيع وتحديده لان مطالبته غير معلوم لا يصح فاذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة تخصيص
بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى تبين المطلوب ○ ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان
دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا فمره بالتسليم الي ويسمى طلب خصومة وتملك
ولا تبطل الشفعة ولا يبرأ من هذا الطلب ايضا لانه لا يحكم له بها بدون طلبه ○
ولا تبطل الشفعة بتأخيره هذا الطلب بعدما استقرت شفعته بالاشهاد
مطلقا اي شهرا كان او اكثر عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر المذهب وعليه
الفتوى وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي بغير عذر بطلت
شفعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الاولين وقيل يفتى بقول
محمد انه ان اخره اي هذا الطلب شهرا بلا عذر بطلت شفعته وعنه انه قدره بثلاثة
ايام لانه لو لم يسقط بتأخيره يتضرر المشتري ضررا من جهته لانه يمتنع عن التصرف فيه
خشية ان ينقض تصرفه وهو منفي شرعا قال النبي عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
ثم قدر تلك المدة بثلاثة ايام في رواية لانها هي التي ضربت لابداء الاعذار كامهال
الخصم للدفع والمديون للقضاء وفي رواية قدرها بشهر وهو قول زفر وفي رواية عن
ابي يوسف لانه اجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه الظاهر ان حقه قد تقرر بالاشهاد
فلا يسقط بالتأخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه ازالته بان يرفع الامر الى الحاكم
فيأمره بالاخذ او بالترك على انه مشكل بما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقط حقه
بالتأخير ولو كان ضرره مرعيا لسقطت اذ لا فرق في لزوم الضرر بين ان يكون حاضرا

او غائبا ولو كان التأخير بعذر من مرض او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار
في البلد لا يسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره
وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس
في قصد الاضرار بالغير ○ واذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة
عند القاضي سأل القاضي المدعى عليه وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها
الشفيع هل هي ملك الشفيع ام لا فان اقر بما يشفع به اي بانها ملكه او نكل عن
الحلف على العلم بملكيته او برهن الشفيع بانها ملكه سأله عن الشراء اي سأل
القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل اشتريت ام لا فان اقر به اي بانه اشترى
او نكل عن اليمين انه ما ابتاع او ما يستحق عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع
قضي له بها اي بالشفعة ● بيان دعوى الشفعة مرتبا انه يسأل القاضي اولا
المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصره ومحلته وحدودها لانه
ادعى فيها حقا فلا بد ان تكون معلومة لان دعوى المجهول لا تصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها
فاذا بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لا يصح دعواه على المشتري
حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان
الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح او يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين
سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره سأله انه متى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول
الزمان وبالاعراض وما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير
كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده كان اقرب من غيره ام لا فاذا بين ذلك
كله ولم يغادر شيئا من شروطه تمت دعواه واقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع
بها هل هي ملك الشفيع ام لا وان كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على الملك ظاهرا
لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأله
عنه فان انكر ان يكون ملكا له يقول للمدعي اقم البينة انها ملكك فان عجز عن البينة وطلب
يمينه استحلف المشتري بالله ما نعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه معنى
لو اقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على نفي العلم فهذا عند ابي يوسف وعند
محمد يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار
كما اذا ادعى عليه الملك بسبب الشراء فان نكل او قامت للشفيع بينة او اقر المشتري
بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعد ذلك يسأل
القاضي المدعى عليه فيقول له هل اشتريت ام لا فان انكر الشراء قال للشفيع اقم البينة
انه اشترى لان الشفعة لا تجب الا بالشراء فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة
البينة وطلب يمين المشتري استحلف بالله ما اشتريت او بالله ما يستحق عليه في هذه
الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل هو قول ابي حنيفة ومحمد

والاول على السبب وهي قول ابي يوسف وانما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل
نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات فان نكل او اقر وقامت للشفيع
بينة قضي بها لظهور الحق بالحجة ٥ ولا يشترط احضار الثمن وقت الدعوى بل يجوز له
المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضي له بالشفعة لزمه احضاره
وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر
الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر ان الثمن قبل
القضاء غير واجب عليه ولا يطالب باداءه والاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل
الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء وللمشتري حبس الدار عن الشفيع لقبضه
اي لقبض الثمن لانهما نزلا منزلة البايع والمشتري ولا تبطل دعوى الشفعة بتاخير
الثمن بعد ما امر باداءه لتاكدها بالقضاء بخلاف ما اذا اخر قبل القضاء بعد الاشهاد
عند محمد حيث يبطل لعدم التاكد وللشفيع ان يخاصم البايع ان كان المبيع في يده
لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك ولا يسمع القاضي البينة اي بينة الشفيع
عليه اي على البايع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضرته ويقضي بالشفعة على
البايع ويجعل العهدة عليه اي على البايع لان الشفيع مقصوده ان يستحق الملك و
اليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البايع والمشتري للقضاء عليهما لان
لاحدهما اليد وللاخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز ولان
اخذه من يد البايع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه
قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز ان يفسخ عليه الا بحضوره لانه قضاء عليه
بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البايع لان
العقد قد انتهى بالتسليم فصار البايع اجنبيا عنهما ٥ والوكيل بالشراء خصم للشفيع
ما لم يسلم الى الموكل لان الخصومة من حقوق العقد وهي الى العاقد اصيلا كان او وكيلا
ولهذا لو كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري
كما اذا كان البايع هو المالك الا انه اذا سلم الى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون
خصما بعده فصار كالبايع فانه يصير خصما ما لم يسلم الى المشتري واذا سلم لم
يبق يد ولا ملك فخرج من ان يكون خصما وهذا مثله غير انه لا يشترط للقضاء حضور الموكل
لان الوكيل نايب عنه لانه اقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا
كذلك البايع لانه ليس بنايب عن المشتري فلا بد من حضور المشتري للقضاء عليه بخروجه
عن ملكه والاب والوصي كالوكيل ٥ وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط
المشتري البراءة منه لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان الاخذ بعد
القبض وان كان قبله فشراء من البايع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران
فيه كما اذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا شرط البراءة

منه لان المشتري ليس بنايب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه **فصل**
وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري لان الشفيع يدعي عليه
استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين
والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى مورد
النص فامتنع القياس وان برهنا اي ان اقام الشفيع والمشتري البينة ف
البينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف البينة للمشتري لانها
تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى كما اذا اختلف المشتري والبايع او
الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري من العدو مع المالك القديم
في ثمن العبد المأسور واقاما البينة فان البينة بينة البايع والوكيل والمشتري
من العدو اولى لما فيها من اثبات الزيادة ولهما ان بينة الشفيع اكثر اثباتا لانها
ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ
والترك ولانه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه امكن ان يعمل بهما لان
يتعدد العقد فيأخذ المشتري بايهما شاء فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال
بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده فقال
المولى قلت لك اذا اديت الي الفين فانت حر وقال العبد قلت لي اذا اديت الي الفا
واقاما البينة فان البينة بينة العبد لانها ملزمة ولانه لا تنافي في ثبوت
التعليقين ويعتق العبد باداء اي المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد
بها لان البايع والمشتري فان كل واحد من البينتين ملزمة حتى يتخير كل واحد منهما
ولا يمكن الجمع بينهما حتى ياخذ بايهما شاء لان العقد الثاني يكون فسخا للاول في
حقهما فلا ياخذ المشتري الا بالثاني فاذا تعذر الجمع صير الى الترجيح بالزيادة وفيما
نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق الشفيع فله
اي العقدين شاء ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له ان ياخذه بالبيع
الثاني ان شاء وان شاء بالاول واما الوكيل والموكل فقد روى ابن سماعة
عن محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر ان الوكيل مع الموكل
كالبايع مع المشتري لوقوع المبادلة الحكمية بينهما ولهذا لا يجري التحالف بينهما
فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا يمكن العمل بهما فصير الى الترجيح بالزيادة
ولا كذلك الشفيع مع المشتري ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بيناه واما
المالك القديم مع المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة
المالك القديم والمعنى فيه ان البينة ملزمة وبينة المشتري من العدو غير
ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع ولئن سلمنا

فنسخ العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان البيع الاول ينفسخ
بالثاني فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا في حق الشفيع لا ينفسخ
فلم يوجد التعارض ٥ وان ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه اخذه
الشفيع بما قال البائع قبل قبض الثمن لان الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع
ياخذه به وان كان كما قاله المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل و
حط البعض يظهر في حق الشفيع فياخذه به ولان تملك المشتري بايجاب البائع
فكان القول قوله ولان تملك المشتري بايجاب البائع فكان القول قوله في
مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فياخذ الشفيع بقوله وان ادعى
المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه اخذه الشفيع بما قال المشتري بعده اي بعد قبض
الثمن لانه لما ثبت ذلك بالبينة او بيمينه لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق
بالاجانب لانتهاء حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري
على حاله فكان القول فيه قول المشتري وان عكسا اي ان ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع
اكثر منه فبعد القبض يعتبر قول المشتري لما بيناه وقبله تحالفا وايهما نكل اعتبر قول
صاحبه فياخذه الشفيع بذلك لان النكول كالاقرار بما يدعيه خصمه وان حلفا فسخ
البيع وياخذه الشفيع بما قال البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان
حقه ثبت بالبيع فلا يقدر على ابطاله بالفسخ الا ترى ان الدار اذا ردت على البائع بعيب
لا يبطل حقه وان كان الرد بقضاء ٥ ولو حط البائع عن المشتري ياخذه الشفيع بالباقي
لان الحط يلتحق باصل العقد فصار الباقي هو الثمن كانه لم يسم غيره ولا فرق في ذلك
بين ان يكون الحط قبل اخذه بالشفعة او بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع
على المشتري بالزيادة ان كان اوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليم الشفعة كان
له ان ياخذه بالباقي لانه تبين له ان الثمن اقل فلا يصح تسليمه وان حط الكل ياخذ
بالكل ولا يلتحق الحط باصل العقد لانه لو التحق لكان هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا
شفعة فيهما وان حط النصف ثم النصف ياخذ بالنصف الاخير وان زاد المشتري في
الثمن لا تلزم الشفيع الزيادة لان في اعتبار الزيادة اضرارا للشفيع ٥ ولو كان
الثمن مثليا اخذه الشفيع بمثله وان قيميا فبقيمته لان الشفيع يتملكه بما تملكه
المشتري به ثم المثلي يخلو اما ان يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب او معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك المثل كما في ضمان العدوان فياخذ
به لانه بدلها ولهذا لو اشتراها بعقار ياخذ كل واحد منهما بقيمة الاخر ٥ وان كان الثمن
مؤجلا اخذ بثمن حال او يطلب الشفعة في الحال وياخذ بعد مضي الاجل وليس
له ان ياخذها في الحال بالاجل ولا يتعجل على المشتري لو اخذ الشفيع بالحال لان
الاجل ثبت بالشرط وليس من لوازم العقد واشتراطه في حق المشتري لا يكون

اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاه به في حق المشتري لا
يكون رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ثم ان اخذها من البائع بثمن
حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع ورجع البائع على الشفيع بثمن
حال وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل لان الاجل ثبت بالشرط
فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار
كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزائد ولو سكت عن الطلب اي عن طلب الشفعة
لحلول الاجل فطلب عنده بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
هو يقول لا يبطل شفعته بالتاخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل
للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته
دليل الاعراض ولهما ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان ياخذه بثمن حال
ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه
يبطل الشفعة ٥ ولو اشترى ذمي بخمر او خنزير ياخذ الشفيع الذمي بمثل الخمر وقيمة
الخنزير والمسلم بالقيمة فيهما وذلك لان هذا البيع مقضي بصحته فيما بينهم فلا بد
ان يترتب عليه احكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة بحسب صحته ذميا كان الشفيع
او مسلما غير ان الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فياخذه بمثله لانه مثلي واما
والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها كما في
ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليه قيمته ولو كان شفيعها مسلما
وذميا اخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر او مثلها اعتبارا للبعض
بالكل ولو اسلم الذمي صار حكمه كحكم المسلم من الابتداء فياخذ بقيمة الخمر والخنزير
كما اذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه ياخذها بقيمته للتعذر
كذا هذا والمستامن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه احكامنا مدة مقامه
في دارنا فصار كالذمي في تلك المدة ولو اسلم احد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة
انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع
فلا تبطل بانتقاضه ٥ ولو بنى المشتري او غرس اخذها الشفيع بالثمن وبقيمتهما
مقلوعين كما في الغصب او كلف المشتري قلعهما لانه بنى في محل تعلق به حق متاكد
للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون ولان
حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا ينقض جميع تصرفات المشتري حتى
الوقف والمسجد والمقبرة ٥ ولو استحق بعد ما بنى الشفيع او غرس رجع على المشتري
بالثمن فقط يعني لو اخذ الارض بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت فكلف المستحق
الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن لانه تبين ان
المشتري اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن

ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشتري ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع اخذها منه جبرا ○ وان جف الشجر او انهدم البناء عند المشتري من غير صنع احد ياخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء ولا يسقط من الثمن شيء لانهما تبعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن على ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب او خشب واما اذا بقي شيء من ذلك واخذه المشتري لانفصاله عن الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصته ذلك لانه عين مال قائم بقي محبوسا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ وان هدم المشتري البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن لانه صار مقصودا بالاتلاف والبيع لا صار مقصودا به يقابله شيء من الثمن وليس له اي للشفيع اخذ النقض بل هو للمشتري لان الشفيع انما كان ياخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال ○ وان شرى المشتري الارض مع شجر مثمر او غير مثمر فاثمر في يده اخذها الشفيع مع الثمر فيهما اي فيما اذا اشترى ارضا بنخل عليها ثمر وذكر ثمر النخل لانه لا يدخل بدون الذكر او شراها ولم يكن على النخل ثمر واثمرت عند المشتري اما في الاول فباعتبار الاتصال كان تبعا للعقار كالبناء في الدار واما في الثاني فلانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كما اذا اشترى جارية حاملا فولدت عنده كان ملكه تبعا وان جذه المشتري فليس للشفيع اخذه وياخذ ما سواه بالحصة من الثمن في الاول اي فيما اذا كان في النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشتري لانه دخل في البيع قصدا وكان له قسط من الثمن فيكون حصته بفواته وبكل الثمن في الثاني اي فيما اذا لم يكن في النخل ثمر وقت الشراء ثم اثمر ثم جذه المشتري لانه لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض ولم يرد عليه العقد ولا القبض الذي تم به العقد ففواته لا يوجب فوات شيء من الثمن

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا وما يبطلها

انما تجب الشفعة قصدا في عقار ملك بعوض هو مال وان لم يكن قسمته كرحى وحمام وبئر احترز بقوله بعوض عما اذا ملك بهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب في هذه الاشياء فلا تجب في عرض وفلك وقال مالك تجب الشفعة في السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روي ان النبي عم قال لا شفعة الا في ربع او حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس في معنى العقار وبناء وشجر

بيعا بدون الارض لانهما منقولان فلا يجب فيهما اذا بيعا بلا ارض وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض على ما بينا والعلو حيث يستحق الشفعة ويستحق به السفل على انه مجاوره وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة كالعقار وليس كذلك البناء والنخل فلا يستحق بهما الشفعة ○ ولا في ارث اي موروثة فان الدار اذا ملكت بارث لا تثبت فيها الشفعة وصدقة وهبة بلا عوض مشروط لانها بيع انتهاء ولكن يشترط التقابض وعدم الشيوع في الموهوب وعوضه لانها هبة ابتداء وان لم يكن العوض مشروطا فلا شفعة فيها ○ وما بيع بخيار البائع ولم يسقط خياره لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط وجبت لزوال المانع عن زوال الملك لكن يشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك او بيع بيعا فاسدا يعني اذا اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان كل واحد من المتبايعين على سبيل من فسخه ما لم يسقط حق الفسخ فاما اذا بيعت بيعا فاسدا وسقط حق الفسخ بان بنى المشتري فيها ثبتت الشفعة ○ وما قسم بين الشركاء اي او قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه ○ او جعل اجرة او بدل خلع او عتق او صلح عن دم عمد او مهرا وان قوبل ببعضها مال وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تجب في حصة المال اعلم ان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما يملك به المشتري صورة ومعنى او معنى بلا صورة ولا عكس لكن لا انا نملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى ياخذ الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما يملك به المشتري فلم يكن مشروعا وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فيمكن الاخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها الا ترى انها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة فيدل على انه جعله قيمة لها ولنا ان المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هو عين المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الاشياء فلا يكون قيمة لها غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها او للضرورة فلا يتعدى موضعها لان ما ثبت للضرورة تقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حق كون الماخوذ بمقابلتها مملوكا كالموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما يتملك به المشتري من السبب لا بسبب اخر وهو الاخذ ولو كان ياخذه بسبب اخر غير الاول لما كان الاول نكاحا واجارة او غير ذلك وليس ببيع اصلا ولو اخذه لكان بيعا وقد نشأ تصرف

غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا يتحول الصفقة
اليه قبل القبض وفي هذه العقود لا يمكن ذلك فلا يكون الشفعة فيها مشروعة
لانه ليس بمورد النص ولا هو في معناه فيمتنع الالحاق ولو تزوجها بغير مهر
ثم فرض لها عقارا مهرا لم يكن فيها الشفعة لانه تعيين مهر المثل وهو مقابل
بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها او بالمسمى عند العقد او بعقد
حيث تثبت فيها الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما اعطاها من العقار بدل
عما في ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الف درهم فلا شفعة
في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانها مبادلة مالية
في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد
بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت
في المبادلة المالية المقصودة دون التبع الا يرى ان المضارب اذا باع دارا وفيها
ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه ولا فيما صولح عنه
بانكار او سكوت يعني من ادعى دارا رجل وانكره صاحبها او سكت ثم صالح عن تلك
الدار على مال لا شفعة فيها اما في الانكار فلان بزعمه ان الدار لم تزل عن ملكه
واما في السكوت فلان بزعمه ان ما اعطاه افتداء يمينه فلم تثبت المبادلة وتجب
الشفعة فيما صولح عليه باحدهما يعني لو صالح عنها بعد اقراره بها تثبت
الشفعة لان الصلح بعد الاعتراف يكون مبادلة مال بمال وكذا لو صالح عن
دعوى خصمه على دار سواء كان ذلك الصلح عن اقرار او سكوت او انكار تثبت
الشفعة لان زعم المدعي انه اخذها عوضا عن حقه فيؤاخذ بزعمه ولا فيما
سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية او بخيار شرط او بخيار عيب بقضاء اي اذا
سلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البايع بخيار رؤية او شرط كيفما كان او بعيب
بقضاء قاض لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن ان يجعل عقدا جديدا
فعاد الى قديم ملك البايع والشفعة تجب في الانشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان
ولا فرق بين ان يكون قبل القبض وبعده وما رد بلا قضاء او بالاقالة اي ان رده
المشتري بعيب بغير قضاء القاضي وتقايلا البيع تجب فيه الشفعة وقال زفر لا تجب
لان شفعته قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ في حقهما
ذلك والعبرة بقصد المتعاقدين قلنا الاقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير
انهما قصدا الفسخ فيعمل بما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية على انفسهما فيكون
فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع لوجود حد
البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فيتجدد له بها حق الشفعة وتجب في العلو
وحده وفي السفل بسببه وفيما بيع بخيار المشتري لان المبيع دخل في ملكه ولانه

يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزمه ويملك به المبيع ولانه صار احق
بالمبيع من غيره وذلك يكون لاستحقاق الشفعة ٥ ولمن بيعت دار بجنب المبيعة
بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بايعا كان او مشتريا اما البايع فظاهر لبقاء
ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا للبيع لانه فرع ملكه
واقدام البايع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل
نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق زوائدها
المتصلة والمنفصلة وكذا اذا كان الخيار للمشتري لما بيناه ويكون اجازة من المشتري
يعني اذا اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ
منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره وللشفيع الاولى اخذها منه لا اخذ الثانية
يعني اذا حضر شفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري بشرط الخيار كان
لهذا الذي حضر ان ياخذ الاولى بالشفعة وليس له ان ياخذ الثانية وهي التي اخذها
المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية ٥ ولمن بيعت
دار بجنب الدار المبيعة بيعا فاسدا تشفيعها للبايع ان بيعت قبل قبض
المشتري لبقاء ملكه فيها فاذا قبض المشتري بعد الحكم بها اي بالشفعة له
لا يبطل لان ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل بخروج الاولى عن ملكه
وانما يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه فقوله
وان بيعت بعد قبض المشتري فالشفعة للمشتري فان استردها البايع منه اي المبيعة
قبل الحكم له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها
قبله وان استردها بعد الحكم له بها بقيت الثانية على ملكه لما ذكرنا ٥ والمسلم
والذمي في الشفعة سواء قال ابن ابي ليلى الشفعة حق شرعي فلا يستحقه من ينكر
الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة في
هما في ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق وكذا الحر والعبد
الماذون والمكاتب ولو في مبيع السيد وكالعكس اذا كان البايع غير المولى فللعبد
الماذون الشفعة مديونا كان اولا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا
وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره

فصل وتبطل الشفعة بتسليم الكل لانه صريح في الاسقاط او البعض لان حق
الشفعة لا يتجزى ثبوتا لانه يملكه كما يملكه المشتري والمشتري لا يملك البعض
لانه تفريق الصفقة فلا يتجزى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله ولو
من الوكيل ٥ وبترك طلب المواثبة او طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه
بان لم يشهد احدهما ولم يكن في الصلوة لانه تبطل بالاعراض وترك الطلبين
او احدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض ٥ وبالصلح عن الشفعة على عوض

وعليه رده اى بطل الشفعة اذا صالح المشترى الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد
العوض لان حق الشفعة ليس بمتقرر فى المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز اخذ العوض
عليه ولانه يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط كما اذا قال الشفيع اسقطت شفعتى فيما
اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت او على ان لا تطالب الثمن منى لكونه ملائما
حتى لو تراضيا اسقط حق كل واحد منهما او مع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بحقيقة
الشرط بل تسقط بمجرد قوله اسقطت بدون تحقق الشرط فلان لا يتعلق سقوطه
بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال اولى وهو رشوة محض ولا يحتمل
الاسقاط ويبطل الشرط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا ولان البيع تمليك مال
بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج
زوجته من نفسها وكذا لو قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري
بطل خيارها ولا يجب العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها او بعده على وجه واحد
فكان اخذ العوض اكلا للمال بالباطل وهو لا يجوز وتبطل ببيع ما يشفع به قبل الحكم
له بها لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين ان يكون عالما وقت
بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن عالما لانه لا يختلف فى الحالين فصار كالتسليم
الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم ببيعها او لا يعلم وكذا ابراء الغريم لانه كان كذلك
اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق الا يرى انه لا يرتد برد المشترى
ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين حضرته وغيبته ولو باع التى يشفع بها
بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع يمنع خروج المبيع
عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشترى بطلت شفعته لانه بالاقدام على
الشراء من المشترى اعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء
او مثله ان يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالعقد الثانى واما
اعراضه عن الاول فظاهر وكذا عن الثانى وهو الذى باشره بنفسه لانه اشتغل به
مع ما كان اخذه منه بالشفعة فحل محضا عن الاخذ بسببه فلا يثبت له به حق لانه اعرض
وكذا لو استأجر الشفيع الدار المشفوعة او ساوم او طلب من المشترى ان يوليه
بطلت شفعته لانه دليل الاعراض ويبطل ايضا بموت الشفيع لا بموت المشترى اى
ويبطل ايضا بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب وقبله ولا يورث ولا تبطل بموت
المشترى وقال الشافعى لا يبطل بموت الشفيع ايضا لان هذا حق معتبر فى الشرع كالقصاص
وحق الرد بالعيب ولنا انه مجرد حق وهو حق التملك وهو مجرد راى وهو صفة فلا يورث
عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز اخذ
العوض عنه وكذا العبد يبقى بعد الموت فامكن ارثه بخلاف الشفعة لانها محض حق لانه
مجرد الراى والمشيئة ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يمكن ارثها وانما لا يبطل بموت المشترى

لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة فى الدار المشفوعة وذلك
حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب اخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى
المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضى بعد موته او باعها وصيه كان له نقضه
ولا شفعة لمن باع او بيع له بالوكالة لان الشفعة يلزم منه نقض ما تم من جهته و
هو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة ولان البيع يوجب التسليم
والاخذ ينافيه ولا فرق فيمن باع بين ان يكون اصيلا او وكيلا حتى لا يكون له الشفعة ولو كان
او كان وكيلا او ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع فلا شفعة له ايضا لان تمام البيع
انما كان من جهته لان المشترى لم يرض بالبيع الا بضمانه فلما ضمن تم به العقد فلم يكن
له نقض ما تم من جهته او ساوم المشترى بيعا او اجارة لانه دليل الرضى بثبوت الملك
للمشترى وتصرفه فيه بيعا او اجارة وذلك لا يكون الا بعد اسقاط الشفعة
وتجب الشفعة لمن ابتاع او ابتيع له لانه لا تمتنع به التسليم بل فيه تقريره لان
الاخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق فيمن اشترى بين ان يكون وكيلا او اصيلا
حتى يكون له الشفعة ان كان اصيلا او لموكله ان كان وكيلا ولو قيل للشفيع
انها بيعت بالف فسلم ثم بان انها بيعت باقل او بكيلى او وزنى او عددى متقارب
قيمته الف او اكثر فله الشفعة لان تسليمه كان لاستكثار الثمن ولتعذر الجنس ظاهرا
فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسر وعدم الرضى على تقدير ان يكون الثمن غيره
لان الرغبة فى الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه
لا يلزم منه التسليم فى الوجوه كلها وكذا كل موزون او مكيل او عددى متقارب
ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف فلا لان الواجب فيه
القيمة وهى دراهم او دنانير فلا يظهر فيه التيسر فلا يكون له ان يأخذ وكذا لو اخبر
ان الثمن عروض كالثياب والعبيد ثم ظهر انه مكيل او موزون ولو اخبر ان الثمن مكيل او موزون
فظهر من خلاف جنسه من المكيل والموزون فهو على شفعته وان ظهر انه جنس اخر من العروض
قيمته مثل قيمة الذى بلغه او ظهر انه ذهب او فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له
لعدم الفائدة لان فى غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت ولو قيل له
المشترى فلان فسلم فبان انه غيره فله الشفعة لتفاوت الناس فى الاخلاق فمنهم من يرغب
فى معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم فى حق البعض لا يكون تسليما فى حق
غيره ولو بان انه هو مع غيره فله الشفعة فى حصة الغير لان التسليم لم يوجد
فى حصته ولو بلغه بيع النصف فسلم فظهر بيع الكل فله الشفعة فى الكل لانه سلم النصف
وكان قصده فى اخذ الكل لا غير النصف فلا يكون اسقاطا للكل ولان التسليم
لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم فى الجار دون الشريك والاول
يستقيم فيهما ولو عكسه وهو ما اذا اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له

في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه كلها ولان رغبات الناس في
الجمل اكثر عادة من رغباتهم في الاشقاص لخلو الجمل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب
فيه فاولى ان لا يرغب في التشقيص وقبل الشفعة لانه حينئذ لا يتمكن من تحصيل
ثمن الجميع وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع و
شيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ما ذكره في ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن
النصف مثل ثمن الكل فلا له الشفعة ◦ وان باع الا ذراعا من طول جانب الشفيع يعني
اذا باع العقار الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانعدام
الجوار ولم يوجد الاتصال بالبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق
وهذه حيلة ◦ وان شرى منه سهما بثمن ثم شرى باقيه فالشفعة للجار في السهم
الاول فقط لان الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم
على الجار ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقي بالدرهم
فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول لكثرة الثمن لا سيما اذا كان السهم الاول جزءا قليلا
كالعشر مثلا او اقل وكذا في المسئلة الاولى يتاتى هذه الحيلة بان يبيع قدر الذراع
او اقل في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم
فان اخذ بالشفعة اخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له ان ياخذ الباقي لانه ليس
بجار له فيما اذا خاف ان لا يوفي صاحبه بشرط الخيار لنفسه وان خافا اشترط كل
واحد الخيار لنفسه ثم يجيزان معا وان خاف كل واحد منهما اذا اجاز ان لا يجيز صاحبه
وكل كل واحد منهما وكيلا ويشترط ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه ◦ وان ابتاع بثمن
ثم دفع عنه ثوبا اخذها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب لان الثوب عوض عما في ذمة
المشتري فيكون البايع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الجوار
والشركة لانه يبتاع العقار باضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا بقيمته قدر قيمة العقار
غير انه يخاف ان يتضرر البايع بذلك لانه لو استحق العقار تبقى الدراهم كلها في ذمة البايع
لوجوبه عليه بالبيع الثاني ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق
تبين انه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البايع الثمن كله والحيلة فيه ان
يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدراهم
ثم اذا استحق العقار تبين ان لا دين على المشتري فبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد
الدنانير لا غير والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة اخرى تعم الجار والشريك
ان يشتريه باضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة
الدينار مثلا فيعطيه الدينار بالباقي فيصير صرفا فيه ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض
كله من الدينار على انه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف ◦ ولا يكره
الحيلة في اسقاطها عند ابي يوسف وبه يفتى قبل وجوبها وعند محمد يكره لان الشفعة

وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة
ولابي يوسف انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع
وان كان غيره يتضرر في ضمنه ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب واما بعده
فمكروه بالاجماع وقيل لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع ثم الحيلة التي
تسقط الوجوب هي ان يعوضه فيسقط الشفيع الشفعة فيسقط شفعته ولا يجب
عليه العوض او يقول له انا ابيعك اياه او يقول له المشتري اشتره مني فيقول الشفيع
نعم فيسقط به شفعته وكذا اذا اجره من الشفيع ومن الحيل التي تمنع الوجوب ان
يوكله ببيعها او يضمنه الدرك او يجعل البايع الخيار اليه في عقد البيع لا غير ذلك
ومن الحيل ان يوجر المشتري البايع شيئا ببعض العقار الذي يريد شراءه كالثوب مثلا
يوجره ليلبسه البايع يوما بجزء شايع من العقار الذي يريد شراءه ثم يشتري الباقي
لانه لما ملكه منه جزءا شايعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه بالاجارة
ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك اولى وهذه الحيلة لا تدفع الا الشريك ◦
وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لا حصة بعض البايعين يعني ان المشتري ان
تعدد بان اشترى جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم
حتى كان للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البايع بان باع
جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم
حتى لا يكون للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق ان للشفيع في
الوجه الثاني باخذ نصيب بعضهم تفريق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة
الضرر بان ياخذ منه ويعيبه بالشركة وهي مشروعة على خلاف القياس لدفع الضرر
عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الاخذ وفي الوجه
الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تفرق الصفقة على احد ولا فرق في هذا بين
ان يكون قبل القبض او بعده في الصحيح ◦ وللجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان وقع
في غير جانبه اي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البايع اخذ نصيب
المشتري الذي حصل له بقسمته وليس له ان ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم او
بالتراضي لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا الهبة تتم بها حتى
صح بالقسمة والتسليم بعد ان وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه ناقص فيما
يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض بجعل العهدة على البايع وكذا ما يتم القبض
وهذا لان الشفيع يجعله البيع لا حكم البيع فكان لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض
الموجود بعقده ◦ وللعبد الماذون المديون الشفعة في مبيع سيده وبالعكس يعني
اذا باع رجل دارا وللبايع عبد ماذون له في التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته
فللعبد ان ياخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا كان البايع هو العبد فللمولى ه

الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من صاحبه جائز اذا كان
على العبد دين لانه يفيد ملك السيد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد العبد
المديون او لكون العبد احق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بايع لان بيعه
لمولاه ولا شفعة لمن بيع له بخلاف ما اذا اشترى فانه لا تبطل به شفعته على ما بيناه
ه وصح تسليم الاب والوصي شفعة الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا
لمحمد فيما بيع بقيمته او اقل وقوله رواية عن الامام في الاقل الذي لا يتغابن فيه
اعلم ان الحق للصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه ويقوم
بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه
ثم جده ابو ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد هؤلاء فهو
على شفعته اذا ادرك فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقط
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو على شفعته اذا بلغ لان هذا ابطال الحق
الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابراء غريمه ولان ولاية
تصرفهم نظرية والنظر في الاخذ متعين لانه شرع لدفع الضرر فكان
في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملكه ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى التجارة
لا عينها لانه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بمنزلة ترك التجارة فيملك كما
يملك التجارة ولان هذا التصرف دائر بين الضرر والنفع فيحتمل ان يكون الترك
انفع بابقاء الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود
واخويه لانه ضرر محض غير متردد لانه ابطال بغير عوض وهنا العوض يعدله
وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهم كابطالهم لان السكوت جعل كالاعراض عن الاخذ بالشفعة
دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن
الناس في مثله قيل جاز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك
التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة لا يصح تسليمهم والرواية عن ابي يوسف

كتاب القسمة

هي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للايتساء وفي الشرع
جمع نصيب شائع في معين وسببها طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه
على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة
يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه
فيجب على الحاكم ان يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين
النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها ان لا تفوت المنفعة بالقسمة ولو
كانت تفوت بها منفعته لا يقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب
منها توفير المنفعة فاذا فاتت الحقوق لم يجبر الحاكم عليها وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى

ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقوله تعالى واذا حضر القسمة وبالسنة لان النبي صلى الله
عليه وسلم باشرها في الغنائم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيه
انصاف الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا ومحلها تعيين
نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه ه وتشتمل
على الافراز والمبادلة والمعنى من الافراز هو ان يقبضه لعين حقه والافراز غالب
في المثليات كالمكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذه احدهما
من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين واخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين
فاخذ الشريك حظه منها حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه فلكل
ان يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه والمبادلة اغلب في غيرها اي في غير
المثليات كالحيوانات والعروض للتفاوت فلا ياخذه اي لا يكون لاحدهما اخذ
نصيبه حال غيبة صاحبه ولا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد الشراء والقسمة
وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس مثل ما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن عين له
اخذ العين حكما ويجبر عليها فيه بطلب الشريك في متحد الجنس لا في غيره اي اذا طلب بعض
الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سواء كان مثليا او من الامثال ولا يجبر
في غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لان في متحد الجنس معنى الافراز وفي القسمة تكميل المنفعة و
المقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها لدفع الضرر عنهم وفي مختلف الجنس
لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه
ولا جبر فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم ه وندب نصب
قاسم رزقه من بيت المال ليقسم بلا اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث
انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة
كمنفعة القضاء والمقاتلة والمفتين فيكون كفايته في بيت المال لانه عمل لمصالحهم
كنفقة هؤلاء وان لم يفعل نصب قاسما يقسم باجر يقدره له القاضي على المتقاسمين
لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي ان ياخذ الاجر على القسمة
وان كان لا يجوز له الاخذ على القضاء الا ترى انه لا يفترض عليه ان يقسم بينهم بالمباشرة
ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي اجر مثله كيلا يطمع في اموالهم ويتحكم
بالزيادة وهو اي الاجر يجب عليهم على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة وعندهما على قدر
السهام لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره ولان المقصود بالقسمة ان يتوسل
كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر فكون
مؤنته عليه اكثر ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما
يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر
اعتباره الا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم باصل

التمييز لأن عمل الإفراز واقع لهما جملة ٥ وأجرة الكيال والوزان على قدر الأنصباء
إجماعا سوى كانا للقسمة أو لا لأن العمل فيها لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب
وأبو حنيفة يقول العمل لم يكن للقسمة وإن ها هنا محل الخلاف أي يجب الأجر على
السوية ويجب كونه عدلا أمينا عالما بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه
لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بالأمانة والعلم ولا يجبر
الناس على قاسم واحد لأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولأن القسمة
فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فيجوز بالتراضي كيف اصطلحوا وصار الحكم
لا إذا كان فيهم صغير لأنه تصرف لا ينفذ إلا بولي أو وصي فيهما ٥ ولا يترك القسام
يشتركوا أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا تتضرر الناس لأن الأجرة تصير بذلك
غالية لأنهم إذا اشتركوا تواكلوا وعند عدم الشركة يتبادرون إليها خشية الفوت
فيرخص الأجر بسبب ذلك ٥ وصح الاقتسام بأنفسهم بلا أمر القاضي لأن في القسمة معنى
المبادلة فيجوز بالتراضي إلا إذا كان فيهم صغير لأنه لا ولاية لهم عليه فيحتاج إلى القاضي
ويقسم على الصبي وليه ووصيه كالبيع وسائر التصرفات فإن لم يكن له ولي ولا وصي
فلا بد من أمر القاضي من يقسم ٥ ولا يقسم عقار بين الورثة بإقرارهم ما لم يبرهنوا
على الموت وعدد الورثة عند أبي حنيفة وعندهما يقسم باعترافهم لأن اليد دليل
الملك لأنه في أيديهم والإقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم ولأنه لا منكر
لهم ولا بينة إلا على المنكر فلا تفيد البينة بلا إنكار ولأبي حنيفة أن القسمة قضاء
على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبل القسمة
تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كان قضاء على الميت والإقرار منهم ليس
بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لكن يجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن نفسهم
لأن الوارث نائب عنه وإقرار الخصم لا يمنع عن قبول البينة إذا كان في قبولها فائدة ألا ترى
أنه لو ادعى إنسان على ميت دينا فأقر الوارث بذلك فأقام المدعي بينة تقبل بينته لأنه
يثبت الدين على الميت حتى يتعدى على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك إذا كان ثبوته
بإقرار الوارث فإنه لا يثبت إلا في حصته خاصة وكذا لو كان معه الوارث وصي والمسألة
بحالها ٥ وغير العقار يقسم إجماعا لأن في القسمة فيه نظرا لأنه يخشى عليه التلف
وفي القسمة حفظه وجعله مضمونا على القابض فتعينت القسمة إذ القاضي نصب
ناظرا وكذا العقار المشترى يقسم لأن المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم يكن
إبقاؤه فلم تكن القسمة قضاء على الغير والمذكور مطلق ملكه تقسم أيضا يعني إذا ادعوا
الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم فإنه يقسم لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير
فإنهم لم يقروا بالملك لغيرهم فكان مقتصرا عليهم فيجوز ٥ وإن برهنا أن العقار في
أيديهما لا يقسم حتى يبرهنا أنه لهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما فإنهما ما لم يبرهنا

السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لأنه يحتمل
أن يكون الأمر ملكا لمن في يديه مدة كانت فلا يقسم احتياطا ٥ ولو برهنوا على الموت وعدد
الورثة والعقار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيلا أو وصيا
يقبض حصة الغائب أو الصبي نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة عند
أبي حنيفة لما بينا في المسألة الأولى بل أولى لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير
وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكرنا هنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فإن
الصغير والغائب على حجته ٥ ولو كان العقار في يد الغائب أو شيء منه أو في يد مودع
أو في يد الصغير لا يقسم لأن الملك الثابت لكل منهم ملك جديد باشر سببه ولهذا يرجع
على بايعه بالعهدة ولا ينصب الحاضر خصما عن الغائب وكان البينة في حق الغائب قائمة
بلا خصم فلا تقبل وكذا لا يقسم لو حضر وارث واحد فطلب القسمة لأن الواحد لا
يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما إذا احتيج إلى إقامة البينة أو كانوا مشترين وغاب أحدهم
لا يقسم أيضا لأن القسمة فيها قضاء على الغائب بإخراج شيء مما في يده وهو لا يجوز ٥
وإن انتفع كل من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب أحدهم لأن فيها تكميل
المنفعة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي إجابتهم وإن تضرر الكل لا يقسم
إلا برضاهم وذلك مثل البئر والرحى والحمام لأن القسمة لتكميل المنفعة وفي هذه
تفويته فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد
إدخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم إليه لأنه اشتغال بما لا يفيد
ويجوز بالتراضي لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوا منه
لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه لا سيما إذا كان فيه ضرر أو إضاعة مال لأن ذلك
حرام ولا يمنعهم من ذلك لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته
وإن انتفع البعض لكثرة حظه دون البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي النفع لا بطلب
الآخر كذا ذكره الخصاف لأن صاحب الكثير طلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه
ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من
الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إليه لأنه نصب لإيصال الحقوق إلى أهلها
ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وإن
لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لأنه متعنت في طلب
الضرر على نفسه لأن القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على عكسه لأن صاحب
الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم أن أيهما طلب
القسمة يقسم القاضي لأنه إن طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر
نفسه وإن طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد
منهما وما ذكره الخصاف هو الأصح لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه

وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان يجيبهم الى ضرر انفسهم وفي طلب صاحب القليل
ذلك ٥ ويقسم العروض من جنس واحد لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند
اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها ولا يقسم الجنسين
بعضها في بعض لعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فتعتمد
التراضي دون جبر القاضي لان اجباره عليها على اعتبار التمييز ولا الجواهر لان جهالتها
متفاحشة الا ترى انها لا تصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل
لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف
جنسها لا يقسم وان اتحد يقسم كسائر الاجناس ولا الحمام ولا البئر ولا الرحى لما فيه
من الحاق الضرر بالكل ولا الثوب الواحد لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع
لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة الشركاء فان رضيا بذلك قسمه
بينهما ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لانه تقع معاوضة وسبيلها التراضي وتحقيقه المعاوضة ان
التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم والدراهم لم تكن مشتركة فيدخل عليها القسمة فكان
معاوضة بخلاف ثلثة اثواب اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما
القسمة وابى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والآخر ثوبين وكذا ان استقام
ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلثة ارباع ثوب فانه لا يقسم بينهم
ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض وذلك
جائز لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل يقسم الكل عند طلب بعض
الشركاء فكذلك في البعض ولا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى
كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي الا بتراضيهم وكذا الرقيق
لا يقسم عند ابي حنيفة خلافا لهما لانه جنس واحد عندهما لاتحاد الجنس والتفاوت
في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كالابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين
ويصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني
الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة
وغيرها من الصنائع ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل احد منهم في واحد
فتتعذر الافراز والتمييز فلا يكون قسمة وانما هي مبادلة ولا يجبر عليها بخلاف سائر الحيوانات لان
الانتفاع بها لا يختلف الا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة الا ترى ان الذكور والاناث من بني
ادم جنسين مختلفين ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وقسمة الغنائم
تجري في الاجناس فلا يلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام
ان يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنائم ليس له ان يبيع ملك غيره
الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان
الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط واما

اذا كانوا مختلطين من الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث
من بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق
شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم
القاضي بطلب البعض وكم من شيء يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع
الشرب والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده والدور في
مصر واحد يقسم كل على حدة عند ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها
في بعض جاز لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة واصل السكنى
اجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال وكان مفوضا
الى راي القاضي وهذا لان المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية
والمقصود دفع الضرر عن الشركاء واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل احد منهم
لتفرق نصيبه فاذا قسم الكل قسمة واحدة يجمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة
والقاضي نصب ناظرا فكان الراي اليه ولابي حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لان
المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا
فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي
الا ترى ان التوكيل بشراء دار لا يجوز وكذا التزوج بها وهذا يؤذن ان الجنس مختلف
فهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا يجوز الا في متحد الجنس ولا يجمع بين الاجناس
وفي مصرين يقسم كل على حدة اتفاقا ولا يجمعان في القسمة وكذا دار وضيعة
او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس جعل الدار والحانوت جنسين
وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز
وهذا دليل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا هنالك
على شبهة المجانسة والبيوت في محلة واحدة او في محال تقسم قسمة بعضها في بعض لان
التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلاصقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه
بين الدار والبيت فاخذ شبها من كل واحد منهما اعلم ان ههنا ثلثة فصول الدور
والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا تقسم عند ابي حنيفة الا
قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل
ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا
سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان
المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت
فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من جهة والدور من جهة فشبهها
بالبيوت اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل وكان
واحدا وشبهها بالدور اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وعبرها

فصل في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك
في كيفية القسمة ٥ وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه على قرطاس ليمكنه
من حفظه ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله اي يقطعه
بالقسمة عن غيره ويذرعه ويقوم البناء لان قدر المساحة يعرف بالذرع
والمالية بالتقويم فلا بد من معرفتها ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من تقويم
البناء وذرع الارض ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه لان القسمة لتكميل
المنفعة وبه يكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم
يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرزه ولم يعلق جاز
ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث ويكتب اساميهم ويقرع فالاول
لمن خرج اسمه اولا والثاني لمن خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا فالقرعة
لتطييب قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى القضاء فيملك
الالزام ولقب الانصباء ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم و
كيفيته ان يلقب الانصباء فيقدر باجزاء السهام حتى اذا كان العقار مشتركا
بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس جعلها اسداسا
لانه اقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة اسداس ولصاحب الثلث سدسان و
للثالث السدس ويلقب النصف من اي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني
ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب اسامي الشركاء بطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها
شبه البندقة ويدلكها في طين ثم يجففها حتى اذا انشقت وهي مثل البندقة ثم
يجعلها في وعاء او كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه اولا فله السهم
الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى ان ينتهي الى الآخر فان خرج اولا في المثال
الذي ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلاثة اسداس من الجانب الملقب بالاول
وان خرج ثانيا كان له كذلك من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من
الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار
وهو حرام لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان ثابتا قبله ولان للقاضي
ولاية الالزام كل واحد منهم النصيب وانما صار اليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس بقمار وانما
القمار على غيرهم اسم لما يستحقونه به شيئا لم يكن لهم قبل لا مثل هذه فان هذه
مشروعة كما اخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما السلام والقمار غير مشروع ٥
ولا يدخل الدراهم في القسمة الا برضاهم لانه لا شركة فيها ولانه يفوت به التعديل ايضا
في القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى
عليها التوى ولان الجنسين المختلفين لا يقسم فما ظنك عند عدم الاشتراك واذا كان ارض
وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم

لان تعديل البناء لا يمكن بالمساحة وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانها هي
الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع في نصيبه البناء او من كان نصيبه اجود دراهم على
الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة وعن محمد انه يرد على شريكه
بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فاذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان لم تف العرصة
بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة
بالمساحة الا بالضرورة وهذا يوافق رواية الاصل قال وان وقع مسيل وطريق لاحدهم
في نصيب آخر ولم يشترط في القسمة صرف عنه ان امكن وان فسخت القسمة لان
المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع اسباب
تعلق كل واحد منهم بنصيب غيره فان امكن صرفه حصل ذلك والا لم يحصل فكانت
القسمة مختلة فتعاد بالنقض والاستيناف لتنفي الاختلاط ولو اختلفوا في ادخال
الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا نقسم الطريق لا يبقى مشتركا كما كان قبل القسمة
نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم ان يفتح كل نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم
تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين
جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على
قدر عرض باب الدار وطوله اي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ان
كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق
عليه ولو شرطوا ان يكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وان كانت سهامهم في
الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان
ذلك اضرارا فيه قدر ما يرفعه ثور لوقوع الكفاية به في المرور ويقسم سهم من العلو
بسهم من السفل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف سهما بسهم وعند محمد يقسم
بالقيمة وعليه الفتوى فابو حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى
ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف
العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وابو يوسف يقول هما
متساويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل ان يفعل ما لا يضر
بالآخر حتى كان لصاحب العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل ان
يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول
العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة
العلو اكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل اكثر كما في الكوفة وقيل في موضع يكثر
النداوة فيه والسبخ يختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل
فيه وربما يختلف ذلك ايضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة
فيها الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى التفسير فان اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء

ثم ادعى ان بعض نصيبه في يد صاحبه لا يصدق الا بحجة لان القسمة من العقود اللازمة
والمدعي للاختلاط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة
استحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم
لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر
حقهما لان نكوله حجة عليه كاقراره ولا يكون حجة على غيره وتقبل شهادة القاسمين
فيها اي اذا ادعى بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان انه
استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي او من غيره وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد هو يقول لا تقبل لانهما شهدا على فعل انفسهما التمييز فصار كما
لا تقبل لمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير بفعله ولهما انهما شهدا
على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لا على فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى
الشهادة على التمييز وقال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال
بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى
معنى فلا تقبل ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على
الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه
ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا وان قال قبضته ثم اخذ بعضه حلف خصمه
اي لو قال استوفيت حقي واخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه
الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابني كذا ولم
يسلم الي وكذبه الآخر تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة
فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن وان ادعى غبنا في القسمة وقد كانت بالتراضي
لا يعتبر لانه دعوى الغبن كالبيع اي كما لا يعتبر في البيع لا يعتبر في القسمة لوجود
التراضي وقيل يفسخ وهو الصحيح وقال ابو جعفر يجوز ان يقال لا تسمع هذه الدعوى لان
القسمة معنى البيع فلا ينتقض بظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع الا اذا كانت
القسمة بقضاء والغبن فاحش فيفسخ لانه حصل بغير رضى المالك ولو استحق
بعض معين من نصيب البعض لا تفسخ القسمة ويرجع بقسطه في حظ شريكه
عند ابي حنيفة وكذا في الشائع وعند ابي يوسف تفسخ ذكر في الاسرار وغيره ان
الاختلاف في الجزء الشائع وذكر القدوري ان الاختلاف في استحقاق بعض نصيب
احدهما بعينه والصحيح ان الاختلاف في الشائع وفي استحقاق بعض المعين لا تفسخ بالاجماع
وفي بعض شائع في الكل تفسخ اجماعا فهذه ثلاثة اوجه ومحمد مع ابي حنيفة فيما حكاه ابو جعفر
ومع ابي يوسف فيما حكاه ابو سليمان والاول اصح لان ابا يوسف الحق بالاستحقاق ظهور شريك
آخر في القسمة من حيث انه لا تتم فصار كما اذا استحق بعض شائع في الكل فجعله ان استحقاق جزء
شائع ينعدم به معنى القسمة وهو الافراز لانه بما انه يوجب الرجوع بحصته في نصيب

غيره شائعا كاستحقاق الكل شائعا خلافا لهما فيه لان ما وراء المستحق بقي مفرزا على حاله
ليس للغير فيه حق ولهما ان المقصود بالقسمة التمييز والافراز لا ينعدم باستحقاق
جزء شائع من نصيب الواحد وهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بان
كان البعض المتقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين منهم فاقتسم
الاثنان على ان لاحدهما ما لهما من المقدم ولاخر المؤخر واقتسماه على ان
لاحدهما ما لهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق
شيء بعينه بخلاف استحقاق الشائع في الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع
بقاء نصيب البعض في الكل وهذا لا تجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا
بقاء لانه في الوجهين لتضرر المستحق بتفرق نصيبه وان لا نصاب ولا ضرر هنا
بالمستحق فوضح الفرق واذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لانه لو استحق
نصيب احدهم كله يرجع به على الشركاء فكذا اذا استحق البعض اعتبارا للجزء
بالكل وله ان ينقض القسمة ان شاء دفعا لعيب التشقيص لانه اذا رجع على
الشركاء بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعا
ثم استحق بعض ما بقي شائعا كان له ان يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ
ببيع البعض وعند ابي يوسف يرجع على الشركاء بنصيبهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة
تنقلب فاسدة عنده والمقبوض الفاسد مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن
ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة
وان نقضت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها وكذا لو كان الدين غير محيط
لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة شيء بلا قسمة ما يوفي به اي بالدين فحينئذ
لا تنقض القسمة لعدم الحاجة ولو ابرأ الغرماء او اداه الورثة من مالهم لا تنقض مطلقا لزوال
المانع عن صحة القسمة ولو ادعى احد المتقاسمين التركة دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض
اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لا يسمع
دعواه لان الاقدام على القسمة اعتراف منه بان المقسوم مشترك **فصل** في المهايأة

وهي مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة الفا وحقيقتها
ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة
التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة
استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين
في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا
تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها
وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري
فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري

في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر
المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما
القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ويجوز المهاياة ويجبر عليها في دار واحدة بان يسكن
هذا بعضا وهذا بعضا وهذا علوها وهذا سفلها لان القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهاياة والتهايي في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار وهذا في
جانب اخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع
احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شايعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا
يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة و
يشترط التاقيت وفي بيت صغير يسكن هذا شهرا وهذا شهرا وله الاجارة واخذ
الغلة في نوبته ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة احدهما على الغلة في
نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للمعادلة بخلاف ما اذا كان التهايي
في المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التهايي وقع في المنفعة هناك
فيجب مراعاة المعادلة فيها وبالتعاقب في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع
فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد وبخلاف ما اذا تهايا على الاستغلال
في الدارين وفضلت غلة احدهما حيث لا يشتركان فيه لان معنى الافراز راجح في الدارين لتحاد
زمان الاستيفاء وان كان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل الى
صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه قبض نصيبه
من غلة هذا الشهر على ان يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد
منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي
مشتركا بينهما وفي عبد يخدم هذا يوما وهذا يوما وفي عبدين يخدم احدهما احدهما
والآخر الآخر ولو تنفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا لا في
الكسوة لان العادة جرت بالمسامحة في الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت
في الطعام وكثرته في الكسوة ولو وقتا شيئا من الكسوة جاز استحسانا لان عند
ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل وفي دارين يسكن هذا هذه وهذا الاخرى
ولا يجوز ذلك في دابة او في دابتين الا بتراضيهما عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المعادلة
ممكن بينهما لاتحاد وقتهما وكذا يجوز قسمة رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبدلهما كالدارين
بخلاف التهايي في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتاتى الا في زمانين فيتوهم تغيره
بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب
بخلاف المهاياة في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع ولان الخدمة يجري فيها التسامح
عادة ولا تحمله تعبا كما يحمله في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة ان التهايي في

في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها
لان الغلة عين مال ولانه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل
التفاوت ويجوز في استغلال دار او دارين هذا هذه وهذا الاخرى لان الظاهر
عدم التغير في العقار لا في استغلال عبد او دابة لما ذكرنا وما زاد في نوبة احدهما في
الدار الواحدة مشترك لا في الدارين وفي استغلال عبدين هذا هذا وهذا الآخر
لا يجوز خلافا لهما وعلى هذا الدابتان وجملة الامر ان مسائل التهايي اثنا عشر مسئلة
ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح وكذا
في التهايي في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين على الخلاف والتهايي
في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وفي سكنى دارين وفي غلتهما خلاف
والاظهر انه يجوز بالاتفاق وركوب دابة او دابتين على الخلاف ولا يجوز في استغلال
دابة واحدة بالاتفاق وفي دابتين على الخلاف ولا يجوز في ثمر نخيل او لبن غنم او اولادها
لانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايي لان التهايي
في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها بخلاف لبن بني آدم حيث يجوز
المهاياة حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايا على ان ترضع احديهما
ولد احدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن بني آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع
والحيلة في الثمار ان يشتري نصيب شريكه ثم يبيع كله بعد مضي نوبته او ينتفع
باللبن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه ويجوز في عبد ودار على السكنى والخدمة
لان المقصود منهما يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى وكذا في كل مختلفي المنفعة
كسكنى الدار وزرع الارض لان كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهاياة ولا تبطل
المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو بطلت لاستانفها الحاكم ولا معنى في النقض
ثم الاستيناف ولو طلب احدهما القسمة فيما يحتمل القسمة بطلت المهاياة وقد بيناه ٭

كتاب المزارعة

هي مفاعلة من الزرع في اللغة وفي الشريعة عقد على الزرع ببعض الخارج وهي
فاسدة عند ابي حنيفة وعندهما جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل
اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانها عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل
من الاخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى
العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما وعليه
عمل الصحابة والتابعين والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة
ما روي ان النبي عم نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه
استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول
او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق

الى عليهم والصلح وهو جائز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو ان يوظف الامام عليهم كل
سنة ويصنع عليهم ما يطيق اراضيهم والثاني خراج مقاسمة وهو ان يشترط عليهم
بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزا شائعا والدليل على ذلك ان النبي عم
لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند من
يجيزها الا ببيان المدة على ما نبين والدليل عليه ايضا ما روى عن ابن عمر
ان النبي عم لما ظهر على خيبر سالته اليهود ان يقرهم بها على ان يكفوه
عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك ما شئنا رواه البخاري ومسلم
واحمد وهذا صريح بانها كانت خراج مقاسمة ولانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا
اقر على ارضه يبقى على ملكه وما يوخذ من ارضه خراج ولفظ البخاري اعطى خيبر
اليهود ان يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها والحيلة للجواز عنده ان يستاجر
العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له
من الاجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون اذا اعطاه طعاما من
جنسه ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر اجر المثل للعامل او للارض
والغلة له لانها نماء ملكه وبه اى بقولهما يفتى لحاجة الناس فصارت شرعية
وقضية متعارفة قال الحصيري وابو حنيفة هو الذى فرع هذه المسائل على اصوله
لعلمه ان الناس لا ياخذون بقوله ● ويشترط فيها اى في المزارعة صلاحية الارض
للزرع لان المقصود لا يحصل بدونه واهلية العاقدين اى كون رب الارض و
المزارع من اهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وتعيين المدة لانه
عقد على منافع الارض او العامل وهي تعرف بالمدة ويشترط ان تكون المدة
قدر ما يتمكن فيها من الزراعة او اكثر وان لا يكون قدر ما لا يعيش اليه مثلهما
او مثل احدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة
واحدة ورب البذر اى تعيين من عليه البذر لان المعقود عليه وهو منافع
العامل او منافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر لانه المستاجر
فبيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع الارض او منافع العامل
وجنسه اى تعيين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة
ونصيب الاخر اى تعيين نصيب من لا بذر له من جهته لانه اجرة عمله او ارضه
فلا بد ان يكون معلوما والتخلية بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل حتى لو
شرط في العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح والشركة
في الخارج لانه هو المقصود بها فينعقد اجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء
فتفسد ان شرط لاحدهما قفزان معينة لانه يؤدي الى قطع
الشركة في البعض المعين او في الكل اذا لم تخرج الارض اكثر من ذلك او شرط لاحدهما

او ما يخرج من موضع معين كالماذيانات والسواقي لاحتمال ان لا يخرج الا من ذلك الموضع
فيكون الشرط قاطعا للشركة او ان يرفع قدر البذر بذره او الخراج الموظف ويقسم
ما بقي لاحتمال ان لا يحصل الا ذلك القدر او ان يكون التبن لاحدهما والحب للآخر لانه
يحتمل ان يصيبه افة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن او يكون الحب بينهما والتبن
لغير رب البذر لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي الى قطع الشركة اذ ربما
تصيبه افة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن او يكون التبن بينهما والحب لاحدهما
لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ● وان شرط كون الحب بينهما
والتبن لرب البذر صحت المزارعة لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكم
ملكه او شرط دفع العشر والارض عشرية وقسمة الباقي صحت لانه مشاع فلا
يؤدي الى قطع الشركة وكذا لو شرط دفع عشر الخارج او ثلثه وهو خراج مقاسمة
وقسمة الباقي صحت لما ذكرنا ● وان شرط الحب بينهما ولم يتعرض للتبن صحت وهي
اي التبن بينهما لاشتراطهما فيما هو المقصود وقيل يكون التبن لرب البذر لانه نماء
ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط كنصيب رب المال في المضاربة ● واجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص لانه عقد المزارعة يوجب على العامل
عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع لنزداد الزرع بذلك فيتناهى وجوب العمل
عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى بعد ذلك مالا مشتركا بينهما فيجب مؤنته
عليهما فان شرط على العامل اي لو شرط العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع
كالحصاد والرفاع والدياس والتذرية على العامل فسدت المزارعة لانه شرط لا
يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما والعقد يقتضي عمل المزارعة وهذه
الاشياء ليست من عمل المزارعة فكانت اجنبية فكون شرطها مفسدا كشرط
الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يصح اي ان المزارعة مع شرط الحصاد
والدياس والتذرية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون
على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل الى منزله على العامل لان المزارعة
على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل واختار شمس الائمة
السرخسي رواية ابي يوسف وقال هو الاصح وعليه الفتوى وشرطه اي الحصاد في
الزرع على رب الارض مفسد اتفاقا لعدم العرف فيه ● وما اي كل عمل قبل الادراك
مما يحتاج اليه الخارج كالسقي والحفظ فهو على المزارع وان لم يشترط لانه بمنزلة راس
المال له وما بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد فمؤنته عليهما ● واذا كان البذر
والارض لاحدهما والعمل والبقر لاخر او الارض لاحدهما والبقية للاخر او العمل لاحد
والبقية للاخر صحت فهذه الجمل من جملة شروطها وانما كان كذلك لان من جوزها انما
جوزها على انها اجارة ففي الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستاجرا للعامل

[illegible]

وبقره تبعا له لاتحاد منفعتهما الى البقر آلة له فصار كمن استاجر خياطا ليخيط
له بابرته او صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ من عنده والاجر بمقابلة عمله دون آلته
فيجوز والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستاجر وفي الصورة الثانية يكون صاحب
البذر مستاجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم في
الذمة وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستاجرا للعامل وحده بلا بقر
باجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة عند صاحب الثوب
او طيانا ليطين له بمر من المستاجر ○ وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل
للآخر بطلت وكذا لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للآخر او البذر لاحدهما
والباقي للآخر اما في الصورة الاولى فلان صاحب البذر استاجر الارض و
اشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة لان البقر لا يمكن ان يجعل
تبعا لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات
ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا
مفسدا بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر مكن جعله تبعا لاتحاد
منفعتهما لان منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كابرة الخياط وعن ابي يوسف
انه يجوز للتعامل والقياس يترك به والظاهر الاول واما في الصورة الثانية فلان العامل
اجير فلا يمكن ان يجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير المسألة الاولى وعن
ابي يوسف انه يجوز للتعامل واما في الصورة الثالثة فلما ذكرنا ان الارض لا يكون تبعا
للعامل لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة ○ واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط
لصحة الالتزام وان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل لانها اما اجارة او شركة فان كانت اجارة
فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة
فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة و
لم يخرج الارض شيئا حيث يستحق اجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع من
وجوبه في الذمة ○ ومن ابى عن المضي بعد العقد اجبر الا رب البذر لان العقد
اجارة والاجارة عقد لازم غير انها تنفسخ بالعذر فان امتنع صاحب البذر عن
المضي فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على
الارض ولا يدري هل يخرج اولا فصار نظير المستاجر ليهدم داره ثم امتنع و
ان امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر ولا تنفسخ من غير عذر ثم اذا امتنع
رب البذر والارض من قبله بعد ما كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب
في القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قوم بجزء من الخارج ولا خارج ولكن
فيما بينه وبين الله تعالى ان يوطيه اجر مثل عمله لانه كان مغرورا من جهته لانه يتضرر
به وهو دفع وقوع فيفتى بارضائه ان يعطيه اجر مثله ○ وان فسدت المزارعة فالخارج

لرب البذر لانه نماء ملكه والآخر انما استحقه بالتسمية وقد فسدت وللآخر اجر
مثل عمله ان كان البذر من رب الارض او اجر ارضه ان كان البذر من قبل العامل
ولا يزاد على ما شرط لانه رضي به خلافا لمحمد حيث يجب عنده بالغا ما بلغت
وقد سبقت في الاجارة ○ وان فسدت بكون الارض والبقر فقط لاحدهما لزم
على العامل اجر مثلهما اي اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في
الاجارة وهي اجارة معنى واذا فسدت والبذر لرب الارض فالخارج كله حلال له
لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان كان البذر للعامل تصدق بما فضل عن قدر
بذره واجر الارض لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في
منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به
○ واذا ابى رب البذر عن المضي والارض من قبله وقد كرب المزارع الارض
فلا شيء له في عمل الكراب حكما لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قوم بجزء
من الخارج ولا خارج ويستفتى ديانة فيما بينه وبين الله تعالى بان يعطيه اجر
مثل عمله لئلا يكون مغرورا من جهته لانه تضرر به وهو دفع وقوع ○ ويبطل
المزارعة بموت احدهما قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة لانه
لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة والاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه
ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد
الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثة ربها
لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي ○ وتفسخ المزارعة
بالاعذار فتفسخ ان لزمه دين فادح احتاج الى بيع الارض قبل نبات الزرع لا بعده ما لم يستحصد
لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ولا شيء للعامل ان كان من
رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر النهر لانه تقوم عمله
بالخارج ولا خارج فلا يجب شيء بخلاف المسألة الاولى حيث يفتى بارضائه لانه كان مغرورا
من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت ياتي بدون اختياره ○ وان مضت
مدتها قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض حتى يدرك لان العقد
قد انتهى بمضي المدة الا ان في قلعه ضررا فبقيناه باجر المثل الى ان يستحصد فيجب على غير
صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره ○ ونفقة
الزرع عليهما بقدر حصصهما حتى يستحصد لانتهاء العقد فصار عملا
في مال مشترك فيكون عليهما وايهما انفق بغير اذن الآخر ولا امر قاض فهو متبرع
اذ لا ولاية له عليه ○ وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا لما فيه من الاضرار بالآخر
وان اراد المزارع ذلك قيل لرب الارض اقلع الزرع ان شئت لتكون بينكما او اعطه قيمة
نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع عليه في حصته بما انفقت دفعا للضرر عنه ○

ولو مات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك وان مات العامل
فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله ذلك وان ابى رب الارض لانه لا ضرر
فيه على رب الارض ولكن لا اجر له بعمله وان اشترط الخروج في العمل في بقية العقد نظر لهم

كتاب المساقاة

هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي دفع الشجر الى من
يصلحه بجزء من ثمره وهي كالمزارعة حكما وخلافا وشروطا الا المدة فانها تصح بلا
ذكرها اعلم انها لا تجوز عند ابي حنيفة كالمزارعة وعندهما تجوز وشروطها على
شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر
عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع
والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفي المزارعة باجر والثالث اذا
استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان
المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم
وقلما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة
ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا تشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه
يختلف والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة وتقع على اول ثمر تخرج وفي الرطبة
على اول جز يخرج بذرها لا بنباته ۵ ولو دفع غياضا او اصول رطبة ليقوم عليها حتى يذهب اصولها
وتنبت فسدت المساقاة لانه لا يعرف متى تنقطع النخيل او الرطبة لان الرطبة تنمو ما دامت
متروكة في الارض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة او اطلق في الرطبة فمعناه لو نقل
حتى تذهب اصولها فسدت المساقاة معناه اذا لم يكن للرطبة مدة معلومة فان كان
فهي جائزة كما لو اطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى ويفسد ما ذكر مدة
لا يخرج الثمر فيها لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان احتمل وجوده وعدمه
جازت لعدم التيقن بفوات المقصود فان خرج فيها اي في المدة المسماة فعلى الشرط
لصحة العقد وان تاخر عنها فسدت وللعامل اجر مثله لفساد العقد لانه تبين الخطا
في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتداء وكذا كل موضع فسدت المساقاة فيه
وان لم يخرج شيء فلا شيء له لان الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين الا ان العقد كان فاسدا
فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه ۵ وتصح المساقاة في النخل والكرم
والشجر والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا يجوز الا في النخل والكرم
ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يأباها الا ان ابا حنيفة في المزارعة وجوزناها
بالاثر وهو حديث خيبر وفيه خصهما ولا اصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة اشبه
بها من المزارعة فان فيها الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربة والشركة
وفي المزارعة لا في ذلك لان شرط دفع البذر مفسد اجماعا فجوزنا المساقاة مقصودا ه

ولم يجوز المزارعة الا تبعا في ضمن المساقاة وكم من شيء يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب
تبعا لبيع الارض ولنا ما روي عن ابن عمر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل
خيبر بشطر ما يخرج من ثمر او زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخرى وهذا مطلق فلا يجوز
تقييده ببعض الاشجار دون بعض فان كان في الشجر ثمر ان كان يزيد بالعمل صحت وان
انتهت ولم يزد بالعمل فلا وكذا في المزارعة لان العامل لا يستحق الا بالعمل
ولا اثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لا يستحق بلا عمل ولا يرد به الشرع
ولا يكون الحاقه بما قبل التناهي لا يجوزه بخلاف التناهي هنا لحاجة على خلاف القياس
ولا حاجة الى ما هو على الاصل وكذا في المزارعة لو دفع ارضا فيها بقل جاز وان استحصد
وادرك لم يجز وما قبل الادراك كالسقي والتلقيح والحفظ فعلى العامل وما بعده
كالجذاذ والحفظ فعليهما ولو شرط على العامل فسدت اتفاقا ● وتبطل بموت
احدهما لانها في معنى الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها فان كان الثمر نيا
عند الموت او عند تمام المدة يقوم العامل او وارثه عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك
الثمرة وان ابى الدافع او ورثته لان في منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا
للضرر عنه ولا ضرر فيه على الورثة ● فان اراد العامل او وارثه صرمه بسرا خير
رب الارض او ورثته بين ان يقتسموه على الشرط او يعطوه قيمة نصيبه من البسر او ينفقوا
على البسر حتى يبلغ ويرجعوا عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر
كما في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وليس لرب الارض ان يمنعهم
من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين
الخيارات الثلاثة التي ذكرناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم
مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك
لا ان يكون وراثة في الخيار فيورث كما في خيار الشرط فان ابى ورثة العامل ان
يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفناه وان انقضت مدة
المساقاة والخارج بسر اخضر فللعامل ان يقوم عليها الى ان ينتهي الثمار كما كان ذلك
للمزارع لكن هنا لا يجب على العامل اجر حصته الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استيجاره
بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع اجر مثل الارض الى ان يدرك الزرع لان الارض يجوز
استيجارها وكذلك العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض
بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها ● ولا تفسخ بعذر
كالمزارعة ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر لانها في معنى الاجارة فانها لو لم
تفسخ لزمه استيجار الاجراء فيلحق به ضرر لم يلتزمه بعقد المساقاة والحاق
الضرر مدفوع وكذا كونه سارقا يخاف منه على الثمر والسعف عذر ظاهر
● ولو دفع فضاء مدة معلومة ليغرس فيها شجرا او كرما او نخلا لتكون

الارض والنخيل بينهما لانه شرط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهي
الارض ولانه استيجار اجير ليعمل ارضه بستانا بآلة الاجير على ان يكون اجرته
نصف البستان الذي يظهر بعمله او لانه يكون في معنى قفيز الطحان فيفسد كما اذا استاجر
صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على ان له نصف المصبوغ ولان صاحب الارض
يكون مشتريا لنصف الغراس من العامل بنصف الارض والغراس مجهول ومعدوم
وهو مشروط عليه للعامل نصيبه في المدة ايضا وكل ذلك يوجب الفساد والنخل
لرب الارض وللغارس قيمة غرسه و اجر مثل عمله لان العقد في النخل لما
كان فاسدا وقد غرسه العامل بامره في ارضه صار كان صاحب الارض فعل ذلك
بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه مستهلكا له بالعلوق فيلزمه قيمته
انجاده واجر مثله لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض نصف النخيل ولم يحصل له شيء فيجب عليه اجر مثله

كتاب الذبائح

الذبيحة اسم ما يذبح والذبح قطع الاوداج لقوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج
بما شئت والمراد الحلقوم والمري والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه عرف الذبح
وهو شرط لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه
وبين اللحم فيطهر به وان كان غير مأكول ولفظة الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله عليه السلام
ذكاة الارض يبسها اي طهارتها واصل تركيب التذكية يدل على التمام وهي اختيارية واضطرارية
والاولى الجرح ما بين اللبة واللحيين والثانية الجرح في اي موضع كان من البدن وهذا كالبدل
عن الاولى لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه وهو آية البدلية ○ وتحل ذبيحة مسلم وكتابي
ذمي او حربي ولو امرأة لقوله تعالى الا ما ذكيتم فانه عام فيدخل فيه المسلم والكافر الا
من خرج منهم بدليل وهو المشرك والمجوسي فبقي الصيد والمرتد ولقوله تعالى وطعام
الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى
يحل من اي كافر كان ولا يشترط فيه ان يكون من اهل الكتاب ويشترط فيه
ان لا يذكر غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي العزير او المسيح لا يحل لقوله تعالى
وما اهل به لغير الله وهو كالمسلم في ذلك فانه لو اهل به لغير الله لا يحل
ولو امرأة لا ان الانوثة لا تخل به فيحل او صبيا او مجنونا يعقلان التسمية
ويضبطان لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة
القصد بالمعرفة والضبط وهو ان يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج و
التسمية قال صاحب النهاية المجنون المعتوه لان المجنون لا قصد له ولا نية
منه لان التسمية بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا او اخرس لانه
عاجز عن الذكر وسكوته معذور وتقوم الملة مقامه كالناسي بل اولى لانه الحق

او اقلف لان القلفة لا تخل به فيحل ○ لا ذبيحة وثني لانه مشرك او مجوسي لقوله عليه السلام سنوا
بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوي
فانعدم التوحيد اعتقادا ودعوى او مرتد لانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل
اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسي او
تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لا ما قبله
حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته لما ذكرنا والمتولد بين الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي
لان المشرك شر فيعتبر الاخف او تارك التسمية عمدا لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر
اسم الله عليه وانه لفسق فان تركها ناسيا حل لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان
ولان في اعتباره حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص لان الانسان كثير النسيان فيجعل الاشياء
التي لا يذكرها من جهة حاله كالاكل في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات
على من الكلام غيره في الصلوة والجماع في الحج حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد
لان حاله مذكرة والنص غير مجرى على اطلاقه لانه لو اريد به مطلقه لجرت المحاجة بين
السلف وظهر الانقياد ولا ترتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي
وهو معذور لا يدل على اقامتها في حق العامد ولا عذر له وكره ان يذكر مع اسم الله
غيره وصلا دون عطف نحو بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد لعدم العطف
فلم يكن الذبح واقعا له لكنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم هذا اذا
قرئ محمد بالرفع واما اذا قرئ بالجر والنصب فيحرم ○ ومن هذا النوع ان يقول بسم الله
اللهم تقبل من فلان حيث يكره لما ذكرناه كان قال اي قوله اللهم تقبل من فلان
قبل الاضجاع او قبل التسمية او بعد الذبح لا يكره لما روي ان النبي عليه السلام قال بعد
الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان
النبي عليه السلام يقول اذا اراد ان يذبح اللهم هذا منك ولك صلوتي ونسكي ومحياي ومماتي
لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين بسم الله والله اكبر
ثم ذبح وهكذا روي عن علي رضي الله عنه وان عطف حرمت نحو بسم الله وفلان بالجر لانه اهل
به لغير الله وقال النبي عليه السلام موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وكذا ان
اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية حرمت وان اضجع شاة وسمى وطرح
الشفرة التي في يده وذبحها بشفرة اخرى ولم يسم حلت لتعلقها بالمذبوح وان رمى
الى الصيد وسمى فاصاب صيدا غيره اكل وان سمى على سهم فتركه ورمى بغيره
لا يؤكل والارسال كالرمي فلو ارسل كلبه الى الصيد بالتسمية فترك الكلب
ذلك الصيد واخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة ويدل على اشتراط التسمية
حالة الذبح قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها وقوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر والمعتبر ان يذبح عقيب التسمية قبل ان

يبرح المجلس حتى إذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة
أو تحديد شفرة ثم ذبح يحل وإن كان كثيرا لا يحل لأن إيقاع الذبح متصلا بالتسمية
بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بحرج عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل
القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع وهي على الذبيحة وفي الصيد تشترط عند
إرسال الجارح أو الرمي وهي على الآلة لأن التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه
في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فتشترط عند فعل
يقدر عليه والشرط الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود جردوا التسمية فلو قال
عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به لا يحل لأنه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو
سبحان الله يريد به التسمية يحل ولو عطس عند الذبح وحمد الله لا في الأصح
لأنه يريد الحمد على النعمة دون التسمية وفي الذبيحة المأمور به هو الذكر على الذبح
بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر اسم الله عليه منهي عن أكله بقوله تعالى
ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولو سمى ولم تحضره النية صح لأنه أتى بالتسمية
وظاهر حاله يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ولو سمى وأراد به
التسمية لابتداء الفعل كسائر الأفعال لا يحل كما لو قال الله أكبر وأراد به متابعة المؤذن
لا يصير شارعا في الصلوة وما تداوله الناس عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر
منقول عن النبي عم وعن علي وابن عباس رضم مثله وذكر الحلواني المستحب أن يقول بسم الله
الله أكبر بلا واو والواو يكره لأنه يقطع فور التسمية ٥ والسنة نحر الإبل وذبح البقر
والغنم لقوله تعالى إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح
عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر أي انحر الجزور ولأن النحر أيسر في الإبل والذبح
أيسر في البقر والغنم فكان في كل واحد منها السنة ما هو الأيسر فيه ويكره
العكس ويحل أي النحر في البقر والغنم والذبح في الإبل لحصول المقصود وهو تسييل
الدم وكره لترك السنة المتوارثة ٥ والذبح بين الحلق واللبة أعلى الحلق
وأسفله أو وسطه لما روي أن النبي عم بعث مناديا ينادي في فجاج منى
ألا إن الذكاة في الحلق رواه الدارقطني ولأنه مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع
العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه وهو إنهار الدم والتقييد بالحلق
واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم لأنه ذبح في غير المذبح وقيل
لا يجوز فوق العقدة سئل الإمام الرستغفني عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم
مما يلي الصدر وكان يجب أن تبقى مما يلي الرأس أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام
من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو
مما يلي الصدر لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج وقد وجد وهذا مشكل

فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المريء وأصحابنا وإن اشترطوا قطع الأكثر فلا بد
من قطع أحدهما عند الكل وإذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الرأس لم يحصل
قطع واحد منهما فلا يؤكل بالإجماع وفي الواقعات لو قطع الأعلى أو الأسفل ثم علم
فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت بالأول نظر إن كان قطع بتمامه لا يحل لأن
موته بالأول أسرع منه بالقطع الثاني والأصل وذكر في فتاوى سمرقند قصاب
ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها والعروق
التي تقطع في الذكاة الحلقوم والمريء والودجان لما روي أن النبي عم قال أفر الأوداج
بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمريء مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى
النفس والمراد بالأوداج كلها أطلق عليه تغليبا وإنما قال ذلك لأن المقصود يحصل
بقطعهن وهو التوجيه وإخراج الدم لأنه بقطع المريء والحلقوم يحصل التوجيه وبقطع
الودجين يحصل إنهار الدم ولو قطع الأوداج وهي العروق من غير قطع المريء والحلقوم
لا يموت فضلا عن التوجيه فلا بد من قطعهما أو قطع أحدهما ليحصل التوجيه ولا بد
من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل إنهار الدم ويكفي قطع ثلاثة منها أيا كانت
عند أبي حنيفة وعند محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد منها أي من هذه الأربعة
وهو رواية عن الإمام أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا بد من قطع الحلقوم والمريء
وأحد الودجين وقيل محمد مع محمد وأجمعوا على أنه يكتفى بقطع الأكثر من هذه العروق
الأربعة لأن الأكثر يقوم مقام الكل غير أن محمدا اعتبر أكثر كل واحدة من هذه
الأربعة لأن كل واحد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر
بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها وأبو يوسف يقول إن المقصود من قطع الودجين
إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما مجرى الدم وأما الحلقوم
والمريء فهما يخالفان للأوداج وكل واحد منهما يخالف الآخر فلا بد من قطعهما وأبو حنيفة
يقول إن الأكثر يقوم مقام الكل وأي ثلاث منها قطع فقد قطع الأكثر وما هو المقصود
منه يحصل به وهو إنهار الدم المسفوح والتوجيه في خروج الروح لأنه لا يحيى بعد قطع
المريء والحلقوم ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى بالأكثر أيها كانت فلا حاجة
إلى اشتراط قطع الجميع منها ٥ ويجوز الذبح بكل ما أفرى الأوداج وأنهر الدم ولو بمروة
أو بليطة أو بسن أو ظفر منزوعين لا بالقائمين وقال الشافعي المذبوح بهذه الأشياء
ميتة لا يحل أكلها لقوله عم كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنها مدى
الحبشة ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عم أنهر
الدم وأفر الأوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فإن الحبشة يفعلون
ذلك إظهارا للجلادة ولأنه آلة جارحة فيحصل بها ما هو المقصود وهو إخراج الدم فصار
كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع فإنه يقتل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة وإنما يكره

لان فيه زيادة الالم وقد نهينا عنه وامرنا بضده روي عن عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نصيب الصيد فلا نجد سكينا الا الظرار وشقة العصا فقال امرر الدم بما شئت واذكر اسم الله رواه البخاري ومسلم وغيرهما وروي عن رافع بن خديج انه قال قلت يا رسول الله نلقى العدو غدا وليس معنا مدى فقال عم ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا او ظفرا وساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة رواه البخاري ومسلم وتاويله اذا كان قائما • ويندب احداد الشفرة قبل الاضجاع لقوله عم ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم واحمد وغيرهما وكره بعده لما روي ان النبي عم راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها وكذا من جرها برجلها الى المذبح والنخع هو ان يصل الى النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة وقيل هو ان يمد راسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان تسكن من الاضطراب وقطع الراس والسلخ قبل ان تبرد لان في جميع ذلك زيادة تعذيب الحيوان وتوكل في جميع ذلك لان الكراهية لمعنى زائد وهو زيادة الالم فلا توجب الحرمة وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة يكره وتوكل لان السنة في الذبح ان تستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رض ان النبي عم استقبل في اضحيته القبلة لما اراد ذبحها والذبح من القفا يكره لما فيه من زيادة الالم وتوكل ان بقيت حية حتى قطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة ولا اي ان ماتت قبل قطع العروق فلا تؤكل لوجود الموت بما هو ليس بذكاة • ولو ذبح صيدا مستانسا لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكاة الاختيار ولم يتحقق العجز فيما استانس من الصيد وحل جرح نعم توحش او تردى في بئر اذا لم يمكن ذبحه فجرحه فمات من ذلك الجرح وعلم ذلك يؤكل وان علم انه لم يمت من الجرح لا يؤكل وان اشكل له اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها صار ذكاتها الجرح وعن ان الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها وان ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وفي الابل والبقر يتحقق العجز في الصحراء والمصر فيحل بالعقر والصيال كالند وذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل اكله وقال مالك لا يحل النعم الاهلي بذكاة الاضطرار لان العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لا حكم له ولنا ما روي عن رافع بن خديج قال كنا مع رسول الله عم في سفر فند بعير من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله عم ان لهذه البهائم اوابد كاوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر ولان المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار

الى البدل عند تعذر الاصل وهو غالب وكذا ان بقرة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل اكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على ذبحه حل ايضا وان كان يقدر لا يحل • ولا يحل الجنين بذكاة امه اشعر او لم يشعر عند ابي حنيفة وقالا يحل ان تم خلقه لقوله عم ذكاة الجنين ذكاة امه وروي ان النبي عم قيل له يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة نجد في بطنها الجنين انلقيه ام ناكله فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه ولابي حنيفة ان الله تعالى حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة الادمي الا ان الله تعالى شرط التذكية بقوله الا ما ذكيتم وحرم المنخنقة والجنين مات خنقا فيحرم بالكتاب وما روياه لا يعارض الدليل القطعي او المراد بالحديث الاول ان صح التشبيه اي ذكاة الجنين كذكاة امه والتشبيه على هذا الطريق فاش قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والارض ويقال زيد الاسد اي كالاسد ولانه لو كان جزء الادمي يحل اكله وان لم يتم خلقه لان جميع اجزاء الادمي ماكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا انه ليس بجزء لها

فصل فيما يحل وما لا يحل • ولا يحل اكل كل ذي ناب او مخلب من سبع او طير لما روي ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه مسلم وابو داود وجماعة اخر وعن ابي ثعلبة ان النبي عم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة والمراد بذي مخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك ان المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ما له مخلب وهو الظفر كما اريد في ذي ناب سباع البهائم لا كل ما له ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى ان يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم اكراما لبني ادم وهو نظير ما روي ان النبي عم قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ولو ضبعا او ثعلبا لان لهما نابا ولان الضبع ياكل الجيف فيكون لحمه نابتا منه فيكون خبيثا وما روي ان النبي عم اباح اكلهما محمول على الابتداء والحمر الاهلية لما روي عن ثعلبة الخشني رض انه قال حرم رسول الله عم لحوم الحمر الاهلية رواه البخاري ومسلم واحمد والبغال لانه من نسل الحمار فكان كاصله حتى لو كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من ماكول وغير ماكول والفيل لانه ذو ناب والضب لانه من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روي ان النبي عم اباح اكله محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن في الابتداء حرام الا ثلثة اشياء على ما قال تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك اشياء لا تحصى واليربوع وابن عرس لانهما من سباع الهوام

والزنبور والسلحفاة والحشرات لانها من الخبائث • ويكره الغراب الابقع لانه ياكل الجيف
فصار كسباع الطير والغراب ثلثة انواع نوع ياكل الجيف فحسب فانه لا يوكل ونوع ياكل
الحب فقط فانه يوكل ونوع يخلط بينهما وهو ايضا يوكل عند ابي حنيفة لانه كالدجاج
وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب ماكوله الجيف والاول اصح والعقعق والرخم
والبغاث لانهن ياكلن الجيف • ويكره الخيل عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يكره الخيل
لحديث جابر رض انه قال نهى رسول الله عم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل
يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج
مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن
بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم
في الغنيمة ولان في اباحته تقليل الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رض
ابن الوليد ان النبي عم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة
عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه
ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ومن العقعق وهو المراد بالغراب الذي يخلط بين اكل الحب
والجيف وقد بيناه وغراب الزرع والارنب لان النبي عم اكل منه حين اهدي اليه
مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي
• ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك بانواعه كالجريث والمارماهي خصهما بالذكر
اشارة الى ضعف ما نقل في المغرب عن محمد ان جميع السمك حلال غير الجريث والمارماهي
وايضا قيل في غاية البيان ان بعض الروافض واهل الكتاب يكرهون اكل الجريث ويقولون
انه كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته فمسخ به وقال مالك يوكل جميع حيوان الماء واستثنى
بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان وعن الشافعي انه اباح ذلك كله وقال صاحب الهداية
الخلاف في الاكل والبيع واحد ومعنى ان يجوز بيعه بالاجماع لطهارته لهم قوله تعالى احل
لكم صيد البحر من غير فصل وقول النبي عم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم
في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا ما روي جابر
انهم اصابهم جوع شديد في الغزو فالقى البحر ميتا يقال له العنبر فاكلنا منه نصف شهر
فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله عم فقال كلوا رزقا اخرجه الله لكم اطعمونا
ان كان معكم الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث
ونهى رسول الله عم عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان
والصيد المذكور فيما تلى محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل اكله والميتة
المذكورة فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عم احلت
لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال
وحديث جابر يدل على انه لانه قال فجعنا جوعا شديدا فالقى البحر حوتا ميتا

لم ير مثله يقال له العنبر وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن فهو في حال
المخمصة وفيها تحل الميتة والخنازير فاطلاق بصيد البحر وهو ظاهر بالاجماع
والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فتتناول البري والبحري ولا يوكل
الطافي منه لما روى جابر ان النبي عم قال ما نضب عنه الماء فكلوه وما طفى
فلا تاكلوه وعن جماعة من الصحابة رض وهو حجة على مالك والشافعي في اباحتهما
الطافي ولا دليل لهما فيما رويا لان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته
مضافا الى البحر لا يتناول ما مات فيه بمرض او نحوه ثم الاصل فيه متى عرف سبب
موته كلفظه البحر او حبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المنفذ كمية
على اخذه من غير حيلة او بابتلاع سمكة او بقيد طين الماء اياها او انجماد الماء
عليها اماتت من الطعام لان سبب موتها معلوم وان مات بحر او برد ففيه
روايتان في رواية لا يوكل لان لموتها سببا معلوما وفي اخرى لا يوكل لان
الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا وان انحسر الماء عن بعضه ومات
روى هشام عن محمد ان كان راسه في الماء لا يوكل وان كان ذنبه في الماء
وراسه انحسر عنه الماء اكل لان خروج راسه عن الماء سبب لموته فكان
سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله ان الشرط فيه ان يعلم باي
سبب مات حتى لو اكل عضوه بضرب فانه يوكل ويوكل العضو ايضا • ويحل
هوام السمك والجراد بلا ذكاة لما روينا • ولو ذبح شاة لم تعلم حيوتها
فتحركت او خرج منها دم حلت والا فلا اي ان لم تتحرك او لم يخرج منها دم فلا يحل اكلها
وان علمت حيوتها حين ذبحت حلت مطلقا اي وان لم تتحرك ولم يخرج منها دم لان
الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم
فلو وجد هذا او وجد احدهما علامة الحيوة فيحل وعدمهما علامة الموت
ولا يعتبر الا اذا علم حيوتها عند الذبح فيعمل ادلة الاصل ببقاء ما كان على ما كان
ولا يحكم بزوال الحيوة بالشك وذكر محمد بن مقاتل ان ضج الدم ولم يتحرك لا تحل
الدم لا يجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهذا يتاتى في المنخنقة
والمتردية والنطيحة والذي بقر الذئب بطنها لان ذكاة هذه الاشياء
يحلل وان كانت حيوتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى الا ما ذكيتم
ولو ذبح شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها
لا توكل وان ضمت فاها اكلت وان فتحت عينها لا توكل وان ضمت عينها اكلت
وان مدت رجلها لا توكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لا توكل
وان قام شعرها اكلت وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين
ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم وتغميض العين

وقبض اليد او قيام الشعر ليست باستيضاء بل هي من علامات خنق الحي فيدل على حيوته وقال
قاضيخان هذا كله اذا لم تعلم حيوته وقت الذبح وان علم حيوته وقت الذبح اكل على كل حال

كتاب الاضحية

هي اسم لما يضحى بها ويجمع على اضاحي بالتشديد على افاعيل وفي الشرع اسم لحيوان
مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص عند وجود شرائطها وسببها
وشرائطها الاسلام والوقت واليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح
ما يجوز ذبحه اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق
الاتلاف كالاعتاق والاضحية وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم و
هو اتلاف ثم بالتصدق في اللحم بكونه تمليكا او اباحة • هي واجبة عند ابي حنيفة رح
وعن ابي يوسف سنة وهو قول الشافعي وقيل هو قولهما ذكر الطحاوي انها سنة مؤكدة
على قول ابي يوسف ومحمد وهكذا ذكره بعضهم ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم
اذا رايتم هلال ذي الحجة واراد احدكم ان يضحي فليمسك عن شعره واظفاره رواه مسلم وابو داود
واحمد وجماعة اخر والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم
لوجب على المسافر كالزكوة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان في العبادة المالية فصار
كالعتيرة ووجه الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن
مصلانا رواه احمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه عم امر
باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلوة فليعد والامر للوجوب فلولا انها واجبة لما وجب
اعادتها وانما لا تجب على المسافر لان اداءها مختص باسباب تشق على المسافر وتفوت
بمضي الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكوة وصدقة الفطر
فانهما لا يفوتان بمضي الوقت فلا حرج والمراد بالارادة فيما روى ما هو ضد السهو
لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع في المباح والعتيرة منسوخة • وتجب
الاضحية على حر لانها قربة مالية فلا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر مسلم لانها
القربة لا تتادى الا من المسلم مقيم لما بينا موسر لما روينا ولان العبادة لا تجب الا
على القادر وهو الغني دون الفقير ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر عن نفسه
لانه اصل في الوجوب عليه لا عن طفله اي لا يجب عليه عن اولاده الصغار لانها قربة
محضة والاصل في العبادات ان لا يجب على احد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر
[illegible] والسبب فيها راس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى
يجمع [illegible] صدقة الفطر دون الاضحية ولهذا لا يجب عليه عن
عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه وقيل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
ان الاضحية تجب عليه عنه اي عن ولده الصغير ايضا لانه في معنى نفسه
فيلحق به كما في صدقة الفطر وقيل ان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه

او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وقال محمد وزفر والشافعي يضحي عنه من ماله نفسه
لا من مال الصغير وقيل لا تجوز الاضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة
تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير في قولهم
جميعا لان الاراقة اتلاف والاب لا يملكه في مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق به و
لا يمكن الصغير ان ياكل اللحم كله والاصح انه يضحي من ماله فيطعم منها ما امكن ويستبدل
بالباقي ما ينتفع به مع بقائه كالادوات البيت ونحوها • وهي شاة او بدنة او سبع
بدنة لما روى جابر رض انه قال نحرنا مع رسول الله عم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة
ولا نص في الشاة فبقي على الاصل وتجوز عن سبعة او عن اقل وقال مالك يجوز الواحدة
عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها
لقوله عم على اهل كل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة والمراد منه والله اعلم قيم اهل البيت
بان تشترك واحد مع ستة في بقرة او بعير وكل يريد القربة وهو من اهلها ولم
ينقص نصيب احدهم عن سبع فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم او كان كافرا او نصيبه اقل
من سبع لا يجوز عن احد منهم ويجوز اشتراك اقل من سبعة ولو اثنين لانه لما جاز عن
السبعة فعمن دونه اولى • ويقسم لحمها وزنا لانه موزون لا جزافا الا اذا اختلط
به من اكارعه او جلده كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة • ولو اشترى بدنة
للاضحية ثم اشترك فيها ستة جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر
لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وفي الاشتراك ذلك فلا يجوز وجه
الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وحده لا يظفر بالشركاء وقت الشراء
فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا والاشتراك
قبل الشراء احب ولا يشتري حتى يجتمعوا بقدر ما يريد من الشركاء ليخرج من
الخلاف وعن صورة الرجوع وعن ابي حنيفة مثل قول زفر • واول وقتها بعد
فجر النحر ولا يذبح في المصر قبل صلوة العيد لقوله عم من ذبح قبل الصلوة
فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال
عم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية ولان ذلك في حق من عليه
صلوة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا معنى للتاخير في حق القروي اذ لا صلوة
عليه وهو حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام
والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر جاز كما
انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد
قبل ان يصلي اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها
اجزاتهم فكان الذبح عقيب صلوة معتبرة وان كان على العكس فعلى القياس والاستحسان

وقد يجوز قياسا واستحسانا لأن المستحب في صلاة العيد الخروج إلى الجبانة فكان
أصلا والأمصار كالخلف ولو لم يصل الإمام العيد في اليوم الأول أخروا التضحية إلى
الزوال ثم ذبحوا ولا يجزيهم التضحية ما لم يصل الإمام في اليوم الأول إلا بعد الزوال
فحينئذ يجوز لخروج وقتها وكذا في اليوم الثاني لا يجزيهم قبل الزوال إلا إذا كانوا
لا يرجون أن يصلي الإمام فحينئذ يجزيهم قبل الزوال وذكر في المحيط أن التضحية في
الغد أو بعد الغد يجوز قبل الصلاة لأنه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الأول
والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداء ولا يظهر هذا في حق التضحية ولو صلى الإمام ثم
تبين أنه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الأضحية لأنه من العلماء من قال لا يعيد
الصلاة وحده فكان للاجتهاد فيه مساغا فجعلناه عذرا في جواز التضحية عن الجواز
وصيانة لأضاحيهم عن الفساد ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال يصلي بهم
العيد فضحوا بعد طلوع الفجر أجزأهم لأن البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد ولو
شهدوا عند الإمام أنه يوم العيد فصلى ثم انكشف أنه يوم عرفة أجزأتهم الصلاة و
التضحية لأنه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجميع المسلمين عنه وفيما
إذا صلى بغير شهادة لأنه لا يستعذر التحرز عن مثله وآخره قبيل غروب اليوم الثالث
فكان وقت الأضحية ثلاثة أيام وأولها أفضلها لما روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رض
موقوفا عليهم وهو كالمرفوع في مثله من المقادير لأن الرأي لا يهتدي إليه فيحمل
عليه اعلم أن أيام النحر ثلاثة وأيام التشريق أيضا ثلاثة والكل يمضي بأربعة أيام
أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها
أفضل من التصدق بثمن الأضحية لأنها تقع واجبة إن كان غنيا وسنة إن كان
فقيرا وهي واجبة عند البعض وسنة عند البعض والتصدق بالثمن تطوع محض
فكانت هي أفضل ولأنها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت فكانت أفضل ولا عبرة
آخره للفقر وضده والولادة والموت يعني لو افتقر غني في أيام النحر سقط عنه
الأضحية وإن افتقر بعدها لا تسقط فيجب عليه أن يتصدق بثمنها ولو أيسر
فقير فيه يجب الأضحية لأنه أدرك وقتها وهو غني لأن الموجود في آخر الوقت كالموجود
في أوله ولو ولد فيه وهو غني تجب عليه ولو مات غنيا فيه لا تجب عليه لأن العبرة
لآخر الوقت وأولها أفضل أي أول أيام النحر أفضل من باقيه للتضحية لأن فيه
مسارعة إلى الخير وكره الذبح ليلا لاحتمال الغلط في الظلمة ⚬ فإن فات وقتها
قبل ذبحها تصدق بعين المنذورة حية لأنها تعينت بالشراء بنية الأضحية
أو بالنذر ولا يجزيه غيرها إلا إذا كان قدر قيمتها وكذا لو اشتراها فقير
للتضحية لأنها تجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا والغني تصدق بقيمتها

شراها أو لا يعني لو لم يضح حتى مضت أيام النحر وكان غنيا وجب عليه أن يتصدق بالقيمة
سواء اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة في ذمته فلا يخرج عن العهدة إلا بالأداء ولو نوى
الوجوب وضحى ثم أيس ⚬ وإنما يجزي فيها الجذع من الضأن والثني فصاعدا من الجميع
لقوله عم لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه
البخاري ومسلم وأحمد وجماعة أخر وقال عم نعمت الأضحية الجذع من الضأن رواه أحمد
وقال عم يجوز الجذع من الضأن ضحية رواه أحمد وابن ماجة وقالوا هذا إذا كان الجذع
عظيما بحيث لو خلط بالثنيات تشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت
له ستة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني من الضأن
والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الإبل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع
من البهائم قبل الثني إلا أنه من الإبل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة
الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجذع من الضأن لثمانية أشهر ومن
المعز لسنة ⚬ ويجوز الجماء وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود
ولا مكسورة القرن بل أولى لما قلنا والخصي وعن أبي حنيفة هو أولى لأن لحمه أطيب
وقد صح أن النبي عم ضحى بكبشين أملحين موجوءين الأملح الذي فيه ملحة وهو
البياض الذي معه شعرات سود وهو من لون الملح والموجوء الخصي والوجاء هو
أن يضرب عروق الخصية بشيء والثولاء وهي المجنونة لأنه لا يخل بالمقصود إذا كانت
تعتلف بأن كانت سمينة ولم يمنعها من السوم والرعي وإن كان يمنعها منه لا يجزيه والجرباء
السمينة إن لم يتلف الجرب جلدها لأنه لا يخل بالمقصود ⚬ لا العمياء والعوراء والعجفاء
التي لا تنقي والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك لما روي عن براء بن عازب رض أن النبي
عم قال أربع لا تجزي في الأضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها و
العرجاء البين ضلعها والعجفاء التي لا تنقي رواه أبو داود والنسائي وجماعة أخر
ومقطوعة اليد أو الرجل وذاهبة أكثر العين أو الأذن أو الذنب أو الألية
لقول علي رض أمرنا رسول الله عم أن نستشرف العين والأذن وأن لا نضحي بمقابلة و
لا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والنسائي وغيرهما المقابلة قطع من
مقدم أذنها والمدابرة قطع من مؤخر أذنها والشرقاء أن يكون الخرق في أذنها طولا
والخرقاء أن يكون عرضا وفي ذهاب النصف روايتان ويجوز إن ذهب أقل منه لأن
للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وقيل
إن ذهب الثلث أو أكثر لا يجوز لأن الثلث ينفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة
فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا وقيل إن ذهب الثلث لا يجوز
لقوله عم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر
في غير العين وفي العين قالوا تشد عينها المعيبة بعد أن جاعت ثم تقرب العلف إليها

قليلا قليلا فاذا دارت في موضع اعلم على ذلك الموضع ثم تشد عينها الصحيحة وتقرب
العلف اليها شيئا فشيئا حتى اذا رأته في مكان اعلم عليه ثم ينظر الى ما بينهما من
التفاوت فان كان نصفا او ثلثا او غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر ٥
ولا يجوز الهتماء وهي التي لا اسنان لها وعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة
والقلة كالاذن والذنب وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود
وكذا السكاء وهي التي لا اذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولا تجوز الجلالة
وهي التي تاكل العذرة ولا تاكل غيرها ولا الجذاء وهي المقطوعة ضرعها ولا
المصرمة وهي التي لا تستطيع ان ترضع فصيلها ولا الجداء وهي التي يبس ضرعها
ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه ان يقيم غيرها مقامها
ان كان غنيا وان كان فقيرا يجزيه ذلك لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء
فلم يتعين بالشراء والفقير ليس عليه بواجب شرعا فتعينت بشرائه بنية الاضحية ولا يجب عليه
ضمان نقصانها لانها غير مضمونة عليه فاشبهت نصاب الزكوة وعن ابي سعيد انه قال
اشتريت كبشا اضحي به فعدا الذئب فاخذ الالية قال فسالت النبي عم فقال ضح به رواه
احمد وحملوه على انه كان فقيرا لان الغني لا يجزيه لوجوبها في ذمته ولا كذلك
الفقير لانها لا تجب عليه وانما تعينت بالشراء في حقه حتى لو اوجب الفقير اضحية
على نفسه بغير عينها فاشترى اضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا تسقط عنه الواجب
لانه وجب عليه اضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر وكذا اذا كانت معينة وقال الشيخ
جاز ذبحها لما ذكرنا انه ليس بواجب عليه وعلى هذا الاصل اذا ماتت المشتراة للتضحية على
الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت
الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى المعسر ذبحهما وذكر الزعفراني
في رجل اشترى شاة للاضحية واوجبها اضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها واوجبها
اضحية ثم وجدت الاولى فان اوجب الثانية ايجابا مستانفا فعليه ان يضحيهما
وان اوجبها بدلا عن الاولى فان له ان يذبح ايهما شاء لان الايجاب متحد فاتحد
الواجب وهذا بناء على اصله ان الفقير اذا اشترى شاة بنية الاضحية لا تتعين
لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للاضحية بالايجاب لان الشراء لم يوضع للايجاب
ولا يعمل المجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في المعنى الخاص لان الشراء موضوع
لاستجلاب الملك والنذر بالاضحية موضوع للازالة فكان بينهما مضادة وفي ظاهر
الرواية تتعين للاضحية بالشراء لان الشراء من الفقير بنية الاضحية بمنزلة النذر
عرفا وعادة لانه لا يفعله في العرف فقير اشترى شاة للاضحية الا ويضحي بها لا محالة
فكان بها ملتزما ٥ ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح فلو اضجعها ليذبحها
في يوم النحر فاضطربت وانكسرت منه رجلها فذبحها اجزأه استحسانا خلافا

لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فصار كانه تعيب بالذبح
حكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فورها وكذا بعد فورها
عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح ٥ وان مات احد
السبعة وقال الورثة اذبحوها عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا
اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق ان البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل
القربة واختلاف الجهات فيها لا يضر وهو ما ذكر بقوله وكذا لو ذبح بدنة عن
اضحية ومتعة وقران لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه
الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة لان النبي عم ضحى عن امته ولم يوجد القربة
في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها واذا
لم يقع البعض قربة خرج الكل من ان يكون قربة لان الاراقة لا تتجزى وهذا استحسان
والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره
كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الاعتاق
لان فيه الزام الولاء للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا او ام ولد بان ضحى عن الصغير
ابوه او عن ام الولد مولاها وان لم يجب عليهما جاز لان كلها وقعت قربة ولو لم يجوزها
بقية الورثة فيما اذا مات احدهم لا يجزيهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف
ما تقدم لوجود الاذن من الورثة ٥ ويأكل من لحم الاضحية ويطعم من شاء
من غني وفقير لما روي ان النبي عم نهى عن اكل لحوم الاضاحي بعد ثلث ثم قال
بعده كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم والنسائي وقال عم فيه بعد النهي عن
الادخار كلوا واطعموا وادخروا رواه مسلم والبخاري واحمد والنصوص فيه
كثيرة وعليه اجماع الامة ولانه لما جاز ان ياكل منه وهو غني فاولى ان يجوز
له اطعام غيره وان كان غنيا ٥ ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات
ثلاث الاكل والاطعام والادخار لما روينا ولقوله تعالى واطعموا القانع و
المعتر اي السائل والمتعرض للسوال فانقسم عليها اثلاثا وهذا في الاضحية
الواجبة والسنة سواء اذا لم يكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها
ان ياكل منها شيئا ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا او
فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته ولا ان يطعم
الاغنياء ٥ وتركه اي ترك التصدق لذي عيال توسعة عليهم وان يذبح
بيده ان احسن لان الاولى في القرب ان يتولاها الانسان بنفسه وان
امر به غيره لا يضر لان النبي عم ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين
ثم اعطى الحربة عليا فنحر الباقي والا اي ان لم يحسن الذبح يامر غيره فيذبحها ذلك الغير
ويحضرها هو بنفسه لقوله عم لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك

فانه يخرجها باول قطرة منها عن ذنب • ويكره ان يذبحها الكتابي لانها قربة وهو ليس
من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت باقامته ونيته بخلاف ما
اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا لا تقربا • ويتصدق بجلدها او يعمل
الة تكون جرابا او خفا او فروا لانه جزء منها فكان له التصدق والانتفاع به الا ترى ان له ان ياكل
منها • او يشتري به ما ينتفع به مع بقائه كغربال ونحوه لان للبدل حكم المبدل لا ما يستهلك
كخل وشبهه فان بدل اللحم او الجلد به يتصدق به لان القربة انتقلت بدله ولا يبيعه
بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه انه لا يتصرف على قصد التمول
واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك ولو باعها
بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عم من باع جلد
اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع واما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة
على التسليم ولا يعطي اجرة الجزار منها شيئا لقوله عم لعلي رض تصدق بجلالها وخطامها
ولا تعط اجرة الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع لانه في معنى البيع لانه ياخذ
بمقابلة عمله معاوضة كالبيع ويكره ان يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به لانه التزم
اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد اقيمت بها ولا الانتفاع
بعدها مطلق له ويكره الانتفاع بلبنها كما في الصوف • ولو ذبح اضحية غيره بغير
امره جاز استحسانا ولا يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الاضحية ذبحها بنفسه بل يفوض
الى غيره فصار ماذونا له دلالة كالقصاب اذا شد رجل شاة للذبح فذبحها انسان
بغير امره لا يضمن • ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الاخر صح ولا ضمان وهذا استحسان
والقياس ان لا يجوز الاضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر لانه متعد
في الذبح بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتادى
بنية غيره ووجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان
يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من
يكون اهلا للذبح فصار ماذونا له دلالة لانها تفوت عن هذه الايام وعسى
ان يعجز عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما لو ذبح شاة شد القصاب رجلها وكيف
لا ياذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالي بفوات مباشرته وشهوده
لحصول ما هو اعظم من ذلك فصار اذنا دلالة وهو كالصريح واذا جاز ذلك عنهما
ياخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان
كانا قد اكلا كل واحد منهما ما ذبحه فيجزيه وان تشاحا ضمن كل صاحبه قيمة
لحمه ويتصدق بها اي بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته
وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره

كان الحكم ما ذكرناه • وصحت الاضحية بشاة الغصب يعني من غصب شاة فضحى بها ضمن
قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بالغصب السابق دون شاة الوديعة اي لا تصح الاضحية
بها لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعد الذبح ولو ذبح اضحية غيره بغير امره عن نفسه
فان ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر ان الاراقة حصلت على ملكه وان
اخذها مذبوحة اجزاه المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبح غيره على ما بيناه

كتاب الكراهية

لقبه بباب الكراهية وفيه غير مكروه لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه وبعضهم
لقبه بالحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما
اباح الشرع وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه
ولفظة الاستحسان احسن فلقب به او لان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها
ولقبه بعضهم بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع والزهد والورع
تركها • المكروه الى الحرام اقرب وعند محمد كل مكروه حرام ولم يلفظ لعدم القاطع
وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب • وهذا الكتاب يشتمل على فصول

فصل في الاكل والشرب • منه فرض وهو ما يندفع به الهلاك لانه لا بقاء للبنية
الا ببقاء هذا البدن وبه يتمكن من اداء الفرائض على ما امر ويوجر على ذلك قال النبي عم
ان الله تعالى ليوجر الرجل في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد الى فيه • ومندوب
وهو ما زاد ليتمكن من الصلوة قائما ويسهل عليه الصوم قال النبي عم المؤمن القوي احب
الى الله تعالى من المؤمن الضعيف ولان الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة
سئل ابو ذر رض عن افضل الاعمال فقال الصلوة واكل الخبز اشارة الى ما قلنا •
ومباح وهو ما زاد الى الشبع ليزداد قوة البدن ولا اجر فيه ولا وزر ويحاسب عليه
حسابا يسيرا ان كان من حل فقد روي ان النبي عم اتي بعرق فيه تمر ورطب فقال
انكم لتحاسبون في هذا فرفعه عمر رض ونفضه وقال افي هذا نحاسب فقال عم اي والله الذي
نفسي بيده انكم لتحاسبون يوم القيمة في الماء البارد والظل الظليل والخرقة تستر بها عورتك
وكسرة خبز ترد بها جوعتك وجرعة ماء تطفئ بها عطشك وقال النبي عم يكفي ابن ادم لقيمات
يقمن صلبه ولا يلام على كفاف • وحرام وهو الزائد عليه اي على الشبع لانه اضاعة
المال وامراض للنفس وتبذير واسراف قال النبي عم ما ملأ ابن ادم وعاء شرا من
البطن فان كان لا بد فثلث للطعام وثلث للشراب وثلث للنفس وتجشأ رجل في
مجلس رسول الله عم فغضب عم عليه وقال نح عنا جشاءك اما علمت ان اطول الناس
جوعا يوم القيمة اكثرهم شبعا في الدنيا وقيل لعمر رض الا تتخذ جوارشنا قال
وما يكون الجوارش قال هاضوم يهضم قال سبحان الله اياكل المسلم فوق الشبع •
الا ان يقصد التقوي على صوم الغد لان فيه فائدة • او لئلا يستحيي الضيف لانه اذا

تعارض الادلة فيه
تعارضا اما باعتبار الحرمة لقوله
عم ما اجتمع الحلال والحرام
الا وقد غلب الحرام الحلال
قال صاحب [illegible]
... [illegible]

اسماك والضيف لم يشبع وربما استحيى فلا ياكل حياء ويجاع فلا باس بان ياكله فوق الشبع
لئلا يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا • ولا يجوز الرياضة بتقليل الاكل
حتى يضعف عن العبادة قال النبي عم ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس من الرفق ان يجيعها
وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضي اليه فاما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن العبادات
فهو مباح وفيه رياضة النفس وكذا الشاب الذي يخاف الشبق لا باس بان يمتنع عن الاكل ليكسر
شهوته بالجوع على وجه لا يعجز عن اداء العبادات عليها قال النبي عم فان له وجاء • ومن امتنع من
اكل الميتة حال المخمصة او صام ولم ياكل حتى مات اثم لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاء
له الا بالاكل والميتة حالة المخمصة اما حلال واما مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع عنه
اذا تعين لاحياء النفس وروي ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء والتابعين
فاذا كان ياثم بترك الميتة فما ظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت
جوعا بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات لا ياثم لانه لا يتيقن ان هذا الدواء يشفيه
ولعله يصح من غير علاج • ولا باس بالتفكه بانواع الفواكه لقوله تعالى كلوا من
طيبات ما رزقناكم وفيه نزل قوله تعالى لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم وتركه افضل
لئلا ينقص درجته ويدخل تحت قوله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا • واتخاذ
الوان الاطعمة والباجات سرف وكذا وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة
سرف لان النبي عم عده من اشراط الساعة وعن عائشة رض ان النبي عم نهى عن اكل الالوان
الا ان يكون من قصده ان يدعو الاضياف قوما بعد قوم حتى ياتوا على اخره لان فيه فائدة
ومن الاسراف ان ياكل وسط الخبز ويدع حواشيه او ياكل ما انتفخ منه ويترك الباقي
لان فيه نوع تجبر الا ان يكون غيره يتناوله فلا باس به كما اذا اختار رغيفا دون رغيف
• ومسح الاصابع او السكين بالخبز ووضع المملحة عليه مكروه لان غيره يستقذر
ذلك وفيه اهانة الخبز وقد امرنا باكرامه قال النبي عم اكرموا الخبز فانه من بركات
السموات والارض وقال عم ما استخف قوم بالخبز الا ابتلاهم الله بالجوع ومن اكرام
الخبز ان لا ينتظر الادام اذا حضر ومن الاسراف اذا سقطت من يده لقمة ان يتركها قال عم
التقطوا الاذى ثم كلوها • ويستحب الاكل بالبسملة في اوله والحمدلة في اخره فان نسي
البسملة في اوله فليقل اذا ذكر بسم الله على اوله واخره لجميع ذلك ورد الاثر وهو
شكر المومن اذا رزق قال النبي عم ان الله ليرضى من عبده المومن اذا قدم اليه طعام
ان يسمي الله في اوله ويحمد الله في اخره • وغسل اليدين قبله وبعده قال النبي عم
الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم والمراد بالوضوء هنا غسل اليد
ويبدا بالشبان قبله وبالشيوخ بعده ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون
اثر الغسل باقيا وقت الاكل ويمسحها بعده ليزول اثر الطعام بالكلية • ولا يحل شرب
لبن الاتان لان اللبن متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخنزير يكره عند ابي حنيفة

لحمه عنده ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لان النبي عم نهى عن اكلها وشرب لبنها
والجلالة هي التي تعتاد اكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير لحمها فيكون منتنا وتحبس
حتى يزول النتن منه ولم يقدر لذلك مدة في الاصل واما التي تخلط بان تتناول
النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر اثر ذلك في لحمها فلا باس به ولهذا
قالوا الجدي غذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكا
لا يبقى له اثر وعلى هذا قالوا لا باس باكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه وروي
انه عم كان ياكل الدجاج وما روي ان الدجاج يحبس ثلاثة ايام ثم يذبح فذلك على
سبيل التنزه لا انه شرط ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره
ولا يحل بول الابل وقالا لا باس ببول الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس به للتداوي
واستعمال اناء ذهب او فضة لرجل وامراة لما روي عن حذيفة رض انه قال سمعت النبي
عم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في انية الذهب والفضة ولا تاكلوا
في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الاخرة رواه البخاري ومسلم واحمد وقال النبي عم
ان الذي ياكل ويشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وعن
البراء بن عازب رض انه قال نهانا رسول الله عن الشرب في الفضة فانه من شرب
فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الاخرة رواه مسلم واذا ثبت ذلك في الشرب فالاكل
فكذا والتطيب وغيرهما لانه مثله في الاستعمال فكون الوارد فيهما واردا فيما
هو في معناهما دلالة • وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج ورصاص وقال الشافعي
يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا لا نسلم ولئن كانت عادتهم
جارية بالتفاخر في غير الذهب والفضة فلم يكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع
الالحاق بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن زيد انه قال
اتانا رسول الله عم فاخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضا رواه البخاري وابو داود
وغيرهما ويمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه لا
عينه **فصل** في الكسب • قال محمد بن سماعة سمعت ابن الحسن يقول طلب
الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لما روى ابن مسعود رض ان النبي
قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم وقال عم الكسب فريضة بعد الصلوة المكتوبة
ولانه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به فكان فرضا لانه لا يتمكن من اداء العبادات
الا بقوة البدن وقوة البدن بالقوت عادة وخلقة قال تعالى وما جعلناهم جسدا
لا ياكلون الطعام وتحصيل القوت بالكسب ولانه يحتاج في الطهارة الى الة الاستقاء و
الانية ويحتاج في الصلوة الى ما يستر به عورته وكل ذلك انما يحصل عادة بالاكتساب
وكانت الرسل عليهم السلام يكتسبون فادم عم زرع الحنطة وسقاها وحصدها
وداسها وطحنها وعجنها وخبزها واكلها ونوح عم كان نجارا وابراهيم عم كان بزازا

وداود عم كان يصنع الدروع وسليمان عم كان يصنع المكاتل وزكريا عم كان نجارا
ونبينا صلى الله عليه وسلم رعى الغنم وكانوا ياكلون من كسبهم وكان ابو بكر الصديق
رض بزازا وعمر رض يعمل في الاديم وعثمان رض كان تاجرا يجلب الطعام ويبيعه وعلي رض
كان يكتسب وقد صح انه كان يواجر نفسه ولا سلفنا الجماعة انكروا ذلك وقعدوا في
المساجد عينهم طامحة وايديهم مادة الى ما في ايدي الناس يسمون انفسهم المتوكلة
وليسوا كذلك يتمسكون بقوله تعالى وفي السماء رزقكم وما توعدون وهم جاهلون
معناه وتاويله فان المراد به المطر الذي هو سبب انبات الرزق ولو كان الرزق ينزل
علينا من السماء لما امرنا بالاكتساب والسعي في الاسباب قال تعالى فامشوا في مناكبها
وكلوا من رزقه وقال تعالى انفقوا من طيبات ما كسبتم وقال تعالى وهزي اليك
بجذع النخلة تساقط عليك رطبا جنيا وكان تعالى قادرا ان يرزقها من غير هز
لكن امرها ليعلم العباد ان لا يتركوا اكتساب الاسباب ۝ افضله اي افضل الكسب
الجهاد لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر اعداء الله تعالى
ثم التجارة لان النبي عم حث عليها فقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة
وقال ان الله تعالى يحب التاجر الصدوق ثم الحراثة قال عم الزارع يتاجر ربه
وقال عم اطلبوا الرزق تحت خبايا الارض ثم الصناعة لان النبي عم حرض عليها
فقال الحرفة امان من الفقر ومنهم من فضل الزرع على التجارة لانها اعم نفعا
قال عم ما زرع او غرس مسلم شجرة يتناول منها انسان او دابة او طير الا كانت له
صدقة ۝ ومنه فرض وهو قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه
لما بينا انه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به وهو قضاء الدين ونفقة من يجب
عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه قال النبي عم من اصبح امنا
في سربه معافا في بدنه عنده قوت يومه فكانما حيزت له الدنيا بحذافيرها وان
اكتسب ما يدخره لنفسه وعياله فهو في سعة فقد صح ان النبي عم ادخر قوت عياله
سنة ۝ ومستحب وهو زيادة عليه ليواسي به فقيرا او يصل به قريبا فانه افضل
من التخلي لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عم
خير الناس من ينفع الناس وقال عم تباهت العبادات فقالت الصدقة انا افضلكن
۝ ومباح وهو الزيادة للتجمل والتنعم قال النبي عم نعم المال الصالح للرجل الصالح
وقال عم من طلب الدنيا حلالا متعففا لقي الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر ۝
وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان كان من حل قال النبي عم من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا
لقي الله تعالى وهو عليه غضبان ۝ وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير
ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعا ويتوسط قال الله تعالى والذين اذا انفقوا
لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يسرف في الشبع قال عم اجوع يوما

واشبع يوما فالحاصل انه يحرم على المسلم الافساد لما اكتسبه بالسرف والمخيلة فيه
قال الله تعالى ولا تبغ الفساد في الارض وقال تعالى والله لا يحب الفساد وقال تعالى
لا تسرفوا ان الله لا يحب المسرفين وقال تعالى ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين كانوا
اخوان الشياطين ۝ ومن قدر على الكسب لزمه لما بيناه وان عجز عنه لزمه السؤال فانه
نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال عم السؤال اخر كسب العبد فان تركه حتى مات
اثم لانه القى بنفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ما تقوم به نفسه في هذه الحالة
كالكسب ولا ذل في السؤال في هذه الحالة فقد اخبر الله تعالى عن موسى وصاحبه انهما
اتيا اهل قرية استطعما اهلها وقال النبي عم لرجل من الصحابة هل عندك شيء فانه
وان عجز عنه يفرض على من علم به ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه صونا له عن الهلاك
فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا في الاثم قال النبي عم ما امن بالله من بات شبعان
وجاره الى جانبه طاو وقال عم ايما رجل مات ضياعا بين اقوام اغنياء فقد برئت منهم
ذمة الله وذمة رسوله وان اطعمه واحد سقط عن الباقين وكذا اذا راى لقيطا اشرف
على الهلاك او اعمى كاد ان يتردى في البئر وصار هذا كانجاء الغريق ۝ ويكره اعطاء
سؤال المسجد فقد جاء في الاثر ينادي يوم القيمة ليقم بغيض الله فيقوم سؤال
المسجد وقيل ان كان لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدي مصل لا يكره
وهو المختار فقد روي انهم كانوا يسالون في المسجد على عهد رسول الله عم حتى
روي ان عليا رض تصدق بخاتمه في الصلاة فمدحه الله تعالى بقوله ويؤتون الزكوة وهم راكعون
وان كان يمر بين يدي المصلي ويتخطى رقاب الناس يكره لانه اعانة على اذى الناس حتى قيل
هذا فلس يكفره سبعون فلسا ۝ ولا يجوز قبول هدية امراء الجور لان الغالب في مالهم
الحرمة الا اذا علم ان اكثر ماله من حل بان كان صاحب تجارة او زرع فلا باس به لان اموال
الناس لا تخلو عن قليل حرام فالمعتبر الغالب وكذا اكل طعامهم ۝ ولا يكره اجارة
بيت بالسواد ليتخذ بيت نار معبد المجوس او كنيسة معبد اليهود او بيعة معبد
النصارى او يباع فيه الخمر وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يكره لانه اعانة على المعصية
وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله ان
الاجارة على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية
بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها
او ياتيها من دبرها او بيع الغلام من لوطي والدليل عليه انه لو اجره للسكنى جاز وهو
لا بد له فيه من عبادته ويكره في المصر اجماعا لانهم لا يمكنون من احداث المعابد
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها فلا يعارض
باظهار شعار الكفر وكذا في سواد غالب اهله اهل الاسلام فلا يمكنون فيه ايضا
فالاصح ان ذلك في سواد غالب اهله اهل الذمة ۝ ومن حمل لذمي خمرا باجر طاب له

عند ابي حنيفة وعندهما يكره لان النبي عم لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها
وله ان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا سبب لها وانما تحصل المعصية
بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة او للتخليل
فصار كما لو استأجره لعصر العنب او قطعه والحديث محمول على الحمل المقرون
بقصد المعصية ويكره اسكاف امره انسان ان يتخذ خفا على زي المجوس او الفسقة
او خياط امره انسان ان يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك لان
هذا تسبب للتشبه بالمجوس والفسقة ٥ ولا باس بقبول هدية العبد التاجر
واجابة دعوته واستعارة دابته وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد
النقدين وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه نوع تبرع والعبد
ليس من اهله وجه الاستحسان ان النبي عم قبل هدية سلمان حين كان عبدا
وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة دعوة مولى
ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها
ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم
فبقي على اصل القياس ٥ ويقبل في المعاملات قول الفرد ولو انثى او عبدا او فاسقا
او كافرا لان الحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات فلو شرط العدالة
فيها لحرج الناس في ذلك وما في الدين من حرج كقوله شريت اللحم من مسلم او كتابي فيحل او
من مجوسي فيحرم يعني اذا كان له خادم او اجير مجوسي فارسله ليشتري له لحما فقال اشتريته
من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله وان قال اشتريته من مجوسي لا يسعه اكله لانه
لما قبل قوله في الشراء منه لزم قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة وان كان لا يقبل قوله
فيه قصدا بان قال هذا حلال او هذا حرام ٥ ويقبل قول العبد والامة والصبي
في الهدية والاذن كما اذا جاء بهدية وقال اهدى اليك فلان او قال هذه الهدية او
قال انا ماذون في التجارة يقبل قوله او قالت جارية لرجل بعثني اليك مولاي هدية وسعه
الوطء ولاستعمالها حتى جاز له الوطء بذلك الخبر لان الحل والحرمة وان كانت من
الديانات صارت تبعا للمعاملات فتثبت بثبوت المعاملات فلو لم تثبت لادى الى الحرج
وانسد باب المعاملات وهو مفتوح وشرط العدل في الديانات المحضة لانه لا يكثر
وقوعها فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم و
كذا الكافر والصغير متهمان ولانهما لا يلتزمان الحكم فليس لهما ان يلزما غيرهما كالخبر عن
نجاسة الماء فيتيمم ان اخبر به مسلم عدل ولو انثى او عبدا ويتحرى في الفاسق والمستور
ثم يعمل بغالب رأيه ولو اراق فتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ وتيمم عند غلبة كذبه
كان احوط حاصله ان محل الخبر انواع احدها ضرب من سوق فيما ليس فيه عقوبة فيشترط
فيه العدالة لا غير والثاني ضرب فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند ابي يوسف وهو قياس

الجصاص خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان
من القسم الاول والثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة
والعدد ولفظة الشهادة والحرية والرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه
فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث
يقبل عندهما خبر كل مميز والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز على ما بيناه

فصل

في اللبس ٥ منه فرض وهو ما يستر العورة ويدفع الحر والبرد قال الله تعالى خذوا
زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر به عورتكم عند الصلوة ولانه لا يقدر على اداء الصلوة
الا بستر العورة وخلقه لا يحتمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير
الطعام والشراب فكان فرضا والاولى كونه من القطن او الكتان وهو بعد من الخيلاء بين
النفيس والخسيس لئلا يحتقر في الخسيس ولا يأخذه الخيلاء في النفيس روي ان النبي عم نهى
عن الشهرتين وهو ما كان في نهاية النفاسة وما كان في نهاية الخساسة وخير الامور
اوساطها وينبغي ان يلبس الغسيل في عامة الاوقات ولا يتكلف بالجديد قال النبي عم البذاذة
من الايمان وهي رثاثة الهيئة واللبسة ومراده التواضع في اللباس وترك التبجح ٥
ومستحب وهو الزائد على ستر العورة لاخذ الزينة واظهار نعمة الله تعالى قال النبي عم
ان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عبده ٥ ومباح وهو الثوب الجميل للتزين في الجمع والاعياد
ومجامع الناس فقد روي ان النبي عم كان له جبة فنك يلبسها يوم عيد واهدى له
المقوقس قباء مكفوفا بالحرير كان يلبسه في الجمع والاعياد ولقاء الوفود الا ان تكلف
ذلك في جميع الاوقات سرف ومشقة وربما يغيظ المحتاجين فالتحرز عنه اولى ٥ ومكروه
وهو اللبس للتكبر والخيلاء لما بينا ولقوله عم للمقداد بن معدي كرب كل والبس واشرب
من غير مخيلة ٥ ويستحب الابيض والاسود روى عن سمرة رض ان النبي عم قال
البسوا الثياب البيض فانها اطيب واطهر وكفنوا فيها موتاكم وقالت عائشة خرج النبي
عم ذات غداة وعليه مرط من شعر اسود ويكره الاحمر والمعصفر روى عن
ابن عمر رض انه قال مر رجل وعليه ثوبان احمران فسلم على النبي عم فلم يرد عليه
وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رض قال رأى النبي عم علي ثوبين معصفرين فقال
ان هذه من ثياب الكفار فلا تلبسها وفي رواية قلت اغسلهما قال احرقهما
ولا يتظاهر بين جبتين او اكثر في الشتاء اذا وقع الاكتفاء بدون ذلك حتى لا يغيظ المحتاجين
وفيه تجبر وكان عمر رض لا يلبس الا الخشن واختيار الخشن اولى في الشتاء فانه ادفع
للبرد واللين في الصيف فانه انشف للعرق وان لبس اللين في الوقتين لا باس به
قال تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده ٥ والسنة ارخاء طرف
العمامة بين كتفيه قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس عن ابن
عمر رض كان النبي عم اذا اعتم سدل عمامته بين كتفيه واذا اراد تجديدها لفها

نقضوا كالقباء ولا يلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عم وحل للنساء
لبس الحرير ولا يحل للرجال الا قدر اربع اصابع كالعلم لما روى عن ابي موسى الاشعري رض
ان النبي عم احل الذهب والحرير للاناث من امته وحرم على ذكورها رواه احمد والنسائي
والترمذي وعن عمر رض انه قال سمعت النبي عم يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا
لم يلبسه في الاخرة وعن عمر رض ان النبي عم نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثة
او اربعة رواه مسلم واحمد وابو داود وجاعله اصل ولا باس بتوسده وافتراشه عند
ابي حنيفة خلافا لهما لما روى عن حذيفة ان النبي عم نهانا ان نشرب في انية الذهب
والفضة وان ناكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وعن علي
رض انه قال نهاني رسول الله عم عن الجلوس على المياثر والمياثر شيء كانت تصنعه النساء
لبعولتهن على الرحال كالقطائف من الارجوان رواه مسلم والنسائي وقال سعد بن ابي وقاص
لان اتكي على جمر الغضا احب الي من ان اتكي على مرافق الحرير وعن علي رض انه اتي ببساط على
سرج من حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الاخرة ولان التنعم بالتوسد والافتراش
مثل التنعم باللبس وهو زي الاعاجم والتشبه بهم حرام قال عمر رض اياكم وزي الاعاجم
ولابي حنيفة ما روي ان النبي عم جلس على مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح
كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما انموذجا
ونظيره انكشاف العورة في الصلوة فان القليل منه لا يفسد فكذا الكثير في زمن قليل
ولا باس بلبس ما سداه ابريسم ولحمته غيره لان الصحابة رض كانوا يلبسون الخز
وهو مسم لسدى بالحرير ولان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة
فكانت هي المعتبرة ونقول لا يكون ثوبا الا بهما فيكون العلة ذات وجهين فيحكم
اخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة لما يظهر
دون ما يخفى وعكسه لا يلبس الا في الحرب فقط المراد به ان يكون لحمته حريرا و
سداه غيره لما ذكرنا ان العبرة للحمة غير ان في الحرب ضرورة ويكره لبس
خالصه فيها اي في الحرب عند ابي حنيفة خلافا لهما لما روي ان النبي عم رخص
لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة
السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ولابي حنيفة اطلاق النصوص الواردة
في النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت
بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه وقال ابو يوسف اكره ثوب
القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا ارى بحشو القز باسا لان الحشو غير
ملبوس فلا يكون ثوبا ويحل للنساء التحلي بالذهب والفضة لا للرجال
الا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة ومسمار الذهب في ثقب الفص
تحقيقا لمعنى الانموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ذ

الاثار في جواز التختم بالفضة وكان للنبي عم خاتم فضة وكان في يده حين توفي
ثم في يد ابي بكر رض الى ان توفي ثم في يد عمر رض الى ان توفي ثم في يد عثمان رض الى ان وقع
من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش
بينهم من ذلك الوقت الى ان استشهد رض والتختم بالذهب حرام لما روينا وعن علي رض ان
النبي عم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم وقد اندفعت
بالادنى وهي الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يجعل
ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة في حقها والا مسمار الذهب
يجعل في ثقب الفص لانه تابع كالعلم فلا يعد لابسا له ولا يزيد وزنه على مثقال
لقوله عم اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال ويجوز ان ينقش عليه اسمه تعالى
لشيوع ذلك من غير نكير ولا كتابة الثوب بذهب او فضة لما بينا في العلم الحرير ولا شد
السن بالفضة اي عن شد السن المتحرك بالفضة ولا يجوز بالذهب عند ابي حنيفة خلافا لهما
لما روي ان عرفجة بن سعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي
عم ان يتخذ انفا من ذهب ولان الفضة والذهب من جنس واحد فاذا حل التضبيب باحدهما
حل بالاخر وله ان الاستعمال حرام الا للضرورة وقد زالت بالادنى وهي الفضة
ولا حاجة الى الاعلى فبقي على الاصل وهو الحرمة والضرورة فيما روي لم تندفع
بالفضة حيث انتنت ولان كلامنا في السن والمروي في الانف فلا يلزم من عدم
الاغناء في الانف عدم الاغناء في السن الا يرى ان التختم جاز باصل الختم ثم لما وقع
الاستغناء بالادنى لا يصار الى الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف وكذا هنا ويحتمل
ان النبي عم خص عرفجة بذلك كما خص زبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف بالحرير لاجل
الحكة ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد لما روي ان النبي عم راى على رجل خاتم صفر
فقال ما لي اجد منك ريح الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية
اهل النار وروي عن ابن عمر ان رجلا جاء الى النبي عم وعليه خاتم ذهب فاعرض
عنه فالقاه ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عم هذا اشر منه هذه حلية اهل
النار وقيل يباح التختم بالحجر اليشب لانه ليس له ثقل الحجر وترك التختم افضل
لغير السلطان والقاضي لانهما يختمان لحاجة الى الختم وغيرهما لا يحتاج اليه
ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض والركوب على
سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة اي يتقي موضع
الفم وقيل بالفم واليد في الاخذ والشرب وفي السرير والسرج والكرسي موضع الجلوس
وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا الكرسي المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك في
نصل السيف والسكين او في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا
اذا جعل ذلك في المسجد او حلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا الا المفضض

من اللجام والركاب والسرج لا يكره وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب او فضة
وهذا كله عند ابي حنيفة ويكره ذلك كله عند ابي يوسف وعن محمد روايتان
في رواية هو مع ابي حنيفة وفي اخرى مع ابي يوسف وهذا الاختلاف فيما يخلص
واما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه
لونا لابي يوسف ما روي عن ابن عمر ان النبي عم قال من شرب من اناء ذهب او فضة
او اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني واحتج
ايضا بما روينا من الاخبار لانها مطلقة غير مقيدة بشيء من ذلك ولانه من استعمل
اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة
ولابي حنيفة ما روي عن انس رضه ان قدح النبي عم انكسر فاتخذ مكان الشعب
سلسلة من فضة رواه البخاري ولاحمد عن عاصم الاحول قال رايت عند انس
قدح النبي عم فيه ضبة فضة ولان الاستعمال قصد الجزء الذي يلاقيه
العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير
والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم وكالعمامة المعلمة بالذهب
روي ان هذه المسألة وقعت في مجلس ابي جعفر الدوانيقي وابو حنيفة وائمة
عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وابو حنيفة ساكت فقال له ما تقول فقال
ان وضع فاه في موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من اين لك فقال ارايت لو كان
في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه ايكره ذلك فوقف الكلام وتعجب ابو جعفر من جوابه
• ويكره الباس الصبي ذهبا او حريرا لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم
اللبس حرم الالباس ايضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا الميتة
والدم • ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط او الوضوء ان كان للتكبر لانها
بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم ولم يكن النبي عم يفعل ذلك ولا احد من اصحابه ولا
من التابعين وانما كانوا يمسحون باطراف ارديتهم وفيه نوع تجبر وتكبر وان كان لحاجة فلا
هو الصحيح لان المسلمين يستعملون في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح العرق و
المخاط وتحمل شيء يحتاج اليه وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حمل من
غير حاجة يكره • والرتم وهو خيط التذكر يعقد في الاصبع لا باس به
وليست كالتميمة وهي خيط كان يربط في العنق او في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن
انفسهم على زعمهم وهو منهي عنه

فصل في النظر ونحوه

• ويحرم النظر الى
العورة الا عند الضرورة كالطبيب والختان والخافضة والقابلة والحاقن ولا يجاوز
قدر الضرورة وقد بينا العورة في كتاب الصلوة والاصل في ذلك قوله تعالى ﴿
قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم وقل للمؤمنات يغضضن
من ابصارهن ويحفظن فروجهن معناه يستروا نها من الانكشاف لئلا ينظر

اليها الغير وقال النبي عم ملعون من نظر الى سوءة اخيه فاما حالة الضرورة
فالضرورات تبيح المحظورات الا ترى ان الله تعالى اباح شرب الخمر واكل الميتة
ولحم الخنزير ومال الغير حالة المخمصة وهذا لان مواضع الضرورات مستثناة
قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها
وفي اعتبار حالة الضرورة حرج وتكليف ما ليس في الوسع ولان هذه الافعال
مامور بها فعند بعضهم هي واجبة وعند البعض سنة مؤكدة ولا يمكن فعلها
الا بالنظر الى محالها فكان الامر بها امرا بالنظر الى محالها ويلحق منه الاباحة ضرورة
وينبغي للطبيب ان يعلم امراة مداواتها لان نظر المراة الى المراة اخف من نظر الرجل
اليها لانه ابعد من الفتنة فان لم يكن منه بد فليغض بصره ما استطاع تحرزا عن
النظر بقدر الامكان وكذلك يفعل المراة عند النظر الى الفرج عند الولادة و
تعرف البكارة الا ترى انه يجوز النظر اليه لتحمل الشهادة على الزنا ولا ضرورة فهذا
اولى والعورة في الركبة اخف منها في الفخذ فكاشفها ينكر عليه ثم الفخذ فكاشفه يعنف عليه
ثم السوءة فيؤدب كاشفها • وينظر الرجل من الرجل الى ما سوى العورة لان المنهي عنه النظر
الى العورة دون غيرها وعليه الاجماع وقد قبل ابو هريرة رضه سرة الحسن رضه وعلي رضه
وهذا موضع قبلة رسول الله عم ولان الرجال يمشون في الطرق بازار في جميع الاحوال
من غير نكير فدل على جواز النظر الى ما سواه • وقد بينت العورة في كتاب الصلوة • وتنظر
المراة من المراة والرجل الى ما ينظر الرجل من الرجل ان امنت الشهوة لان ما
ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ما ليس بعورة
وان كان في قلبها شهوة او في اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان
تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له النظر اليه كالوجه والكف لا ينظر
اليه حتما مع الخوف لانه يحرم عليه فوجد الفرق بين نظرها ونظره ان الشهوة
عليهن غالبة وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين
واذا اشتهت هي لم يوجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين اقوى في
الافضاء الى الوقوع • واما كان للمراة ان تنظر من المراة الى ما جاز للرجل ان ينظر
اليه من الرجل للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا
الضرورة قد تحقق بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل
الى محارمه فلا يجوز لها ان تنظر من المراة الى الظهر والبطن في هذه الرواية
بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف وفي الرواية
الاولى يجوز وهو الاصح وما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس
بعورة ولا يخاف منه الفتنة • وينظر الرجل الى جميع بدن زوجته وامته التي
يحل له وطؤها يعني عن شهوة وغير شهوة لما روي ان النبي عم قال غض بصرك الا عن

زوجتك وامتك وقالت عائشة كنت اغتسل انا ورسول الله عم من اناء واحد ولو لم يكن النظر
مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان
مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عم اذا
اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد البعير ولان النظر الى العورة يورث
النسيان قال عليه السلام من اكثر النظر الى سوأته عوقب بالنسيان وكان ابن عمر رض يقول
الاولى ان ينظر الى فرج امرأته عند الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة وعن ابي يوسف
قال سألت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته او تمس هي فرجه ليتحرك عليه
هل ترى بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر والمراد بالامة هنا هي التي تحل له وطئها واما
اذا كانت لا تحل له كامته المجوسية او المشتركة او كانت امه او اخته من الرضاع او ام امرأته
او بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها ولا ينظر الرجل من محارمه وامة غيره الى الوجه
والرأس والصدر والساق والعضد والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن او ابائهن الاية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة
مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالراس موضع التاج والشعر والوجه
موضع الكحل والعنق والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والعضد
موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق
موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب ولان البعض يدخل على البعض من غير
استئذان ولا احتشام والمرأة تكون في بيتها في ثياب بذلتها عادة ولا تكون مستترة
فلو امرت بالتستر عن محارمها لحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة
والشهوة فيها لا تعدمها ولا باس بان يمس ما جاز النظر اليه من محارمه لتحقق
الحاجة الى ذلك في المسافرة والمخالطة وكان النبي عم يقبل راس فاطمة رض ويقول
اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدأ بها فقبلها وعانقها وقال عم من قبل
رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة ولا باس بالخلوة معها لقوله عم لا يخلون رجل
بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد انه لم يكن محرما لان المحرم
بسبيل منها بشرط الامن من الشهوة في النظر والمس فان خاف عليها او على نفسه الشهوة
فلا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عم العينان تزنيان وزناهما النظر
واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج
يصدق ذلك كله او يكذبه فكان في كل واحد منهما نوع زنا والزنا محرم بجميع انواعه
وحرمة الزنا بالمحارم اشد واغلظ فيجتنب الكل ولا باس بالمسافرة بهن لقوله عم
لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم منها وان
احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها و
بطنها دون ما تحتها اذا امنا الشهوة وان خافا عليها او على نفسه ظنا او شكا

فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتلفف
بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها الى عضوه وان لم يجد الثياب فليدفع عن نفسه
الشهوة بقدر الامكان وامة غيره بمنزلة محارمه في حق النظر لانها تحتاج الى الخروج في
حوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها و
كان عمر رض اذا راى امة متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين
بالحرائر ولا ينظر من محارمه وامة غيره الى البطن والظهر والفخذ اذ لا ضرورة
في كشفها وقال محمد بن مقاتل يجوز ان ينظر الى ظهر امة الغير وبطنها مستدلا بقول
ابن عباس من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا موضع المئزر وان امن الشهوة
لما ذكرنا ولا ينظر الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه والكفين ان امن الشهوة وعن
ابي حنيفة انه زاد القدم لان في ذلك ضرورة الاخذ والاعطاء ومعرفة وجهها
عند المعاملة مع الاجانب لاقامة معاشها ومعادها لعدم من يقوم باسباب
معاشها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال
عامة الصحابة رض يعني الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهما الوجه واليد واما
القدم فليس بعورة مطلقا لانها تحتاج الى المشي فيبدو ولان الشهوة في
الوجه واليد اكثر فلان يحل النظر الى القدم كان اولى وفي رواية القدم عورة في
حق النظر دون الصلوة والا اي ان لم يامن الشهوة فلا يجوز النظر الى وجهها
وكفيها لغير الشاهد عند الاداء والحاكم عند الحكم لما فيه من الضرورة الى معرفتها
لتحمل الشهادة والحكم عليها ولا يجوز مس ذلك وان امن الشهوة ان كانت شابة تشتهى
لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى لما قال النبي عم من مس كف امرأة ليس منها
بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة ويجوز مس ذلك ان عجوزا لا تشتهى او هو شيخ امن
على نفسه وعليها لما روي ان ابا بكر رض كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعا
فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رض استاجر عجوزا تمرضه وكانت تغمز
رجليه وتفلي راسه وان كان لا يامن عليها او على نفسه لا يجوز له مصافحتها لما فيه من
التعريض للفتنة حاصله انه يشترط لجواز المس ان يكونا كبيرين مامونين في رواية وفي
رواية اخرى يكتفي بان يكون احدهما كبيرا مامونا لان احدهما اذا كان لا يشتهي لا يكون
المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة وجه الاولى ان الشاب اذا كان لا يشتهي
مس العجوز فالعجوز تشتهي مس الشاب لانها علمت لذة الجماع فيؤدي الى الاشتهاء من
الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان احدهما صغيرا لانه يؤدي الى الاشتهاء من
الجانبين لان الكبير كان يشتهي مس الصغير لا يشتهي الصغير لصغر سنه
لعدم العلم ولهذا اذا مات صغيرا وصغيرة يغسله الرجال والمرأة ما لم يبلغ حد
الشهوة ٥ ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند اداء الشهادة والتحمل

قال في الجامع الصغير رجل اراد ان يشتري جارية لا باس بان يمس ساقها وذراعيها و
صدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين وان خاف ان يشتهي فاستحسانا
يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان
اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي حالة عدم الشهوة يباح النظر والمس بشرط
عدم الشهوة ولو اراد ان يتزوج امرأة فلا باس بان ينظر اليها وان خاف ان
يشتهيها لقوله عم للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة انظر اليها فانه احرى ان
يؤدم بينكما ولانه مقصود واقامة السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له
ان يمس وجهها ولا كفيها وان امن الشهوة لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى
والعبد مع سيدته كالاجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها ان تبدي من زينتها الا ما
يجوز لها ان تبديه للاجنبي ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز ان ينظر اليه من
الاجنبية وقال مالك والشافعي ينظر اليها كنظر الرجل الى محارمه لقوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن ولا يجوز حمله على الاناث لانهن دخلن في قوله تعالى او نسائهن ولان الجواز
في المحارم لحاجة الدخول من غير استيذان وحشمة وهذا المعنى متحقق بينهما
فيجب ان يكون هو كالمحرم ها هنا فالمحرم بل هو محرم الا ترى انه لا يجوز له ان يتزوجها
ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج
البيت والمراد بالنص الاماء دون العبيد قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن
لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور والمراد من قوله تعالى او نسائهن
الحرائر ولم يدخل الاماء فيها فبين حكمهن كما بين حكم الحرائر ولا نسلم انه محرم لها لان حرمة
النكاح بينهما موقتة فصارت كالزوجة بالغير او اخت زوجته ولهذا لا يجوز لها ان
تسافر معه ولو كان محرما لها لجاز والمجبوب والخصي كالفحل لقوله تعالى
قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا
الخطاب وغيره من النصوص العامة قالت عائشة رض الخصاء مثلة فلا يبيح
ما كان حراما قبله وهذا لان الخصي ذكر يشتهي ويجامع وقيل هو اشد جماعا
لان آلته لا تفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهي ويسحق وينزل
وصار كاحكام الرجال في كل شيء وقطع تلك الآلة كقطع عضو آخر منه فلا يبيح
شيئا كان حراما وان كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض مشايخنا
الاختلاط مع النساء لوقوع الامن من الفتنة لقوله تعالى او التابعين غير
اولي الاربة من الرجال قيل هو المجبوب الذي جف ماؤه والصحيح انه لا يحل له
لعموم النصوص وكذا المخنث في الردي من الافعال لا يحل له ولا تفاوت بينه
كغيره من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء وان كان مخنثا بالتكسر
ولين في اعضائه ولسانه ولا يشتهي النساء فقد رخص له بعض مشايخنا في

الاختلاط بالنساء وهو احد تاويل قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة
وقيل الابله الذي لا يدري ما يحال النساء وانما همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح
ان الاية من المتشابه وقوله تعالى يغضوا من ابصارهم محكم فيأخذ به ونقول كل
من كان من الرجال لا يحل لهن ان يبدين زينتهن الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر
اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا
على عورات النساء ويكره للرجل ان يقبل الرجل او يعانقه في ازار بلا قميص وعن
ابي يوسف لا يكره اذا قصد به الاكرام والمبرة ولم يخف الشهوة لما روي ان النبي
عم عانق جعفر بن ابي طالب حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وكان يوم فتح خيبر
وقال لا ادري باي الامرين اسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر ووجه الظاهر نهيه عم
عن المكاعمة والمكامعة فالاول التقبيل والثاني المعانقة وما رواه محمول على الابتداء
قبل النهي ولا باس بالمصافحة لانها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين من لدن
الصدر الاول وتقبيل يد العالم والسلطان العادل لان الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يقبلون اطراف رسول الله عم وعن سفيان بن عيينة انه قال تقبيل يد العالم
والسلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل راسه ويعزل عن امته
بلا اذنها ولا عن زوجته الا باذنها لان النبي عم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الحرة لها حق في الوطء حتى كان لها المطالبة
به قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة
في الوطء والعزل يخل بما ذكرنا وهو المقصود بالنكاح فلا يملك تنقيص حق الحرة
بغير اذنها وينفرد به في حق الامة ولو كانت تحته امة غيره فكذلك عندهما حتى
لا يكون له العزل الا باذنها لانه يخل بالغرض والوطء حق الزوجة وهذا كان لها
المطالبة به وعند ابي حنيفة الاذن الى مولاها وقد ذكرناه في النكاح ولا تعرض
الامة الا في ازار واحد والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها
وبطنها عورة فلا يجوز كشفها والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في ازار
واحد روي ذلك عن محمد لوجود الاشتهاء **فصل** في الاستبراء من ملك امة
بشراء او غيره حرم عليه وطؤها ودواعيه حتى يستبرئها بحيضة فيمن تحيض وبشهر
في غيرها وفي مرتفعة الحيض لا باس بثلاثة اشهر وعند محمد باربعة اشهر وعشر
وفي رواية بشهرين وفي الحامل بوضعه لقوله عم في سبايا اوطاس الا لا توطأ
الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وهذا يفيد وجوب
الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في هذه الصورة وهذا
لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط و
الانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه

عما يحتمل لانه عند الاعتبار لا يرى الولد فهلاك معنى لا صح تنسب له هالكا
معنى ولعدم من يربيه وينفقه ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة
في الحقيقة هي ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير
ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت
بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك
الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية
والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك فيجب على المالك الاستبراء ولو كانت الامة
المملوكة بكرا لم توطأ لتحقق السبب او مشتراة من امرأة او مملوك او مال طفل
او ممن يحرم عليه وطيها لان الحكمة وهي فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء
الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وادارة الاحكام على الاسباب دون
الحكم ويستحب الاستبراء للبائع ولا يجب عليه فلو اقال البيع قبل القبض لا يجب
عليه الاستبراء وكان ابو حنيفة اولا يقول يجب على البائع الاستبراء لانه زال
عن ملكه والان ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار
كان لم يكن ولو باع جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ابطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه
الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ولو زوج ام ولده او مدبرته بعد الاستبراء وطلقها
الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء تحل بعد القبض
والمسئلة بحالها فالمختار انه يجب الاستبراء واذا حرم الوطي قبل الاستبراء حرم الدواعي
ايضا لانها تفضي الى الوطي او يحتمل وقوعها في غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع
وروي عن محمد انه لا تحرم الدواعي في المسبية لانه لا يحتمل وقوعها في غير الملك ولكن
حيضة ملكها فيها ولا الحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب
الملك قبل القبض او التي حاضتها قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت
في يد المشتري او التي حاضتها بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها
صحيحا وكذا الولادة التي حصلت بعد الاسباب المذكورة قبل القبض خلافا لابي يوسف
لان السبب استحداث الملك واليد وهو وجود الشيئين لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه
ولو حيضة وجدت بعد القبض وهي مجوسية فاسلمت وكذا لو حاضت حيضة مدة كتابتها
بعد الشراء فعجزت لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد ○ ولا يجب عند
تملك نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم
يضاف الى تمام العلة وهو غير اداء صاف لا عند عود الآبقة ورد المغصوبة
والمستأجرة وفك المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد و
هو سببا متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما واذا حاضت امة من ذوات الاشهر

في اثناء الشهر تستقبل بطل الاستبراء بالاشهر لقدرته على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقعها
وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة
اشهر وعشرة وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة وعن زفر
سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة ○ ولا تكره الحيلة لاسقاطه عند ابي يوسف
خلافا لمحمد والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين واخذ بالاول اي بقول ابي يوسف
ان علم عدم الوطي من المالك الاول واخذ بالثاني اي بقول محمد ان احتمل الوطي منه
○ والحيلة ان لم تكن تحته حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكره
صاحب الهداية وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب
الاستبراء بالقبض بعد الشراء وانما يفيد ان لو كان القبض قبل الشراء كيلا يوجد القبض
بعد الشراء بعد فساد النكاح وما ظهر الدين عندي اشتراط القبض قبل الشراء
لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة ان ملك النكاح
لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما اذا طلقها قبل
الشراء لانها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء وان
كانت تحته حرة فالحيلة ان يزوجها البائع قبل البيع او يزوجها المشتري
بعد البيع قبل القبض ممن يثق به او يزوجها بشرط ان يكون امرها بيده ثم يشتريها
ويقبضها ثم يطلقها الزوج اياها بعد الشراء والقبض او القبض لانه عند وجود
السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه
الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب ○ ومن ملك امتين
لا يجتمعان نكاحا فقبلهما ووطئهما او دواعيه فقط حلال وطيهما او فعل بهما شيئا
من الدواعي يحرم عليه وطي كل منهما او دواعيه حتى يحرم احديهما بملك او نكاح او عتق لان
الجمع بينهما نكاحا او وطئا لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به
الجمع بينهما وطئا او عقدا وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي الى الوطي بمنزلة
الوطي وتمليك البعض كتمليك الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل اما عندهما فظاهر
لانه لا يتجزى عندهما وكذا عند ابي حنيفة لانه وان كان لا يتجزى لكنه يحرم به الفرج
لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احديهما كاعتاقهما لانه فرجها حرم بالكتابة
فيحصل المقصود وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانه لا يخرج عن ملكه
لا يحرم بهذه الاسباب والمراد بقوله حتى يحرم احديهما بملك او نكاح امة
التمليك فيكون بملك رقبتها من انسان باي سبب كان من اسباب الملك كالهبة
والبيع والصدقة والصلح والخلع والمهر واما النكاح فبان يزوجها نكاحا
صحيحا حتى لو زوجها نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما

عليه بهذا العقد بمجرده الا اذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الاخرى لان العدة
تجب عليها بالدخول فتحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما
نكاحا فهما على الاختين فيما ذكرنا **فصل في البيع** ○ ويكره بيع العذرة
الخالصة وجاز لو مخلوطة في الصحيح كبيع السرقين والانتفاع في البيع وقال الشافعي
لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة و
جلد الميتة قبل الدبغ ولنا ان المسلمين يتمولون السرقين وانتفعوا به في سائر البلدان
والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه في الارض لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان
العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها بالالقاء
في الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن ابي حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز
○ ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قال وكلني صاحبها بها او اشتريتها منه او وهبها
لي او تصدق بها علي ووقع في قلبه صدقه حل له شراؤها منه ووطؤها لانه اخبر بخبر صحيح
لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط ان يكون مميزا عدلا كان او
من قبل وكذا فيه بان ما اذا كان يعلم انها له ولم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه
لان الخبر دليل شرعي الا ترى انه يقبل مما هو اعظم منه وهو الفروج بان زفت اليه
امرأة وقالت النساء هي امرأتك حل له وطؤها وكذا لو كان المخبر غير ثقة فيما ادعى
الملك او غيره فان كان اكبر رأيه انه صادق وسعه لان عدالة المخبر في المعاملات
لا تشترط للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لا يتعرض لشيء من ذلك لان
اكبر الرأي يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد بشيء من الوكالة او
انتقال الملك اليه فان كان عرفها انها لغيره لا يشتريها حتى يعلم ان الملك انتقل
اليه او وكيله لان يد الاول دليل الملك وان كان لا يعرف انها للاول وسعه
ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر باكبر الرأي
عند وجود دليل ظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه
ولو اشتراها مع ذلك يرجى لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة
لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره
وان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه اكبر
الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل وكذا ان امرأة اخبرها
رجل ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب
من عند زوجها بطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا انه في اكبر رأيها انه حق بعد
ما تحرت فلا باس ان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار ولا منازع لان صحة النكاح لا يمنع
ما طرأ وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها وكذا
المطلقة الثلث اذا قالت انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني و

انقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها الاول وكذا لو قالت الجارية كنت امة لفلان
فاعتقني حل له ان يتزوجها لان القاطع طار. ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان
فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد
بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او
اختك من الرضاع لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه
اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت
المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت
من امه او اخته بعد النكاح حيث يقبل فيه قول الواحد لان القاطع طار والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل
يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لا يسعه ان يتزوجها لتحقق
المنازع ○ ويجوز بيع بناء مكة لانه ملك لمن بناه الا ترى انه لو بنى في المستأجر او في الوقف
صار البناء ملكا له وجاز له بيعه ويكره بيع ارضها واجارتها خلافا لهما وقولهما رواية
عن الامام ابي حنيفة لهما ان اراضيها مملوكة لاهلها لظهور آثار الملك فيها وهو الاختصاص
بها شرعا وقوله عم وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال
من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التي فيها من غير نكير وهو نوع
اجماع ولابي حنيفة ما روي ان النبي عم قال الا ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا
تؤجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عم وقال عم من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل
الربوا ولان اراضي مكة كانت تدعى في زمن النبي عم وزمن الخليفتين من بعده السوائب
من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره فيها [illegible]
[illegible] ○ ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم في بلد يضر
باهله لقوله عم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع
عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت
البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره
وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول ابي حنيفة ومحمد ويكره عند ابي يوسف في كل ما يضر احتكاره
بالعامة ولو ذهبا او فضة او ثوبا ادعوى لكل اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة
وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر
واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين ليلة لقوله
عم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل الشهر لان ما
دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر ويقع التفاوت في المأثم بين ان
يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا
واما الاثم فيحصل وان قلت المدة فالحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة

وإذا رفع إلى الحاكم حال المحتكر أمره ببيع ما يفضل عن حاجته أي عن قوته وقوت أهله على
اعتبار السعة ونهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه فإذا رفع إليه ثانيا فعل به كذلك
وهدده وإن رفع إليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ودفع الضرر عن الناس قال فامتنع
من البيع بالكلية باع الحاكم عليه لدفع ضرر عام ولا احتكار في غلة ضيعته ولا فيما
جلبه من بلد آخر لأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا يرى أن له أن لا يزرع
ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وهذا في المجلوب قول أبي حنيفة خاصة لأن حق العامة
يتعلق بما جلب وجمع في المصر أو في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد آخر فإذا نقله
من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغلة ضيعته والجامع عدم تعلق
حقهم به إذا كان له أن لا ينقل كما كان له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع ذلك وعند أبي يوسف
يكره أن يحبس ما جلبه من بلد آخر لإطلاق ما روينا والحاق الضرر بالعامة ولأنه يتوهم
حصوله لهم بأن يجلبه غيره لهم أو يجلبوه هم بأنفسهم كما نقله هو وجلبه فكان حبسه
مبطلا حقهم في النقل والجلب فصار كما إذا حبس المجلوب إلى المصر وفنائه على ما مر بخلاف غلة
ضيعته لعدم تعلق هذا المعنى وكذا عند محمد إن كان يجلب منه إلى المصر
عادة وهو المختار لأن حق العامة تعلق به لأنه بمنزلة فناء المصر الذي
انه كان ينقل إليهم فاحتكره بخلاف ما إذا نقله من بلدة بعيدة لم تجر العادة
بالحمل عنه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حقهم ۝ ويجوز بيع العصير ممن يتخذه خمرا
لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل
الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه فيكون إعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن
التعاون على العدوان والمعصية ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعا
فيكون الفساد إلى اختياره ۝ ولو باع مسلم خمرا وأوفى دينه من ثمنها كره لرب
الدين أخذه تحقيقه إذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين
خمرا وقضى به الدين لا يحل للدائن أن يأخذ ثمن الخمر بدينه وإن كان المديون
ذميا لا يكره له أخذه والفرق أن البيع في الوجه الأول باطل لأن الخمر ليس بمال
متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له أخذه من البائع وفي
الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الكافر فملكه البائع فحل الأخذ منه
۝ ويكره التسعير إلا إذا تعدى أرباب الطعام في القيمة تعديا فاحشا لقوله عم لا تسعروا
فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولأن الثمن حق البائع فكان إليه تقديره
فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعدى أرباب الطعام في القيمة تعديا فاحشا
وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الخبرة
ذكر في المحيط أن البائع إذا كان يخاف إذا نقص أن يضربه الإمام لا يحل للمشتري ذلك
لأنه في معنى المكره والحيلة فيه أن يقول له بعني بما تحب فحينئذ بأي شيء باعه يحل

ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجل منهم
خبزا بدرهم أو لحما فأعطاه البائع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع
عليه بالنقصان إذا عرف لأن المعروف كالمشروط وإن كان المشتري من غير أهل تلك
البلدة كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لأن سعر الخبز يظهر عادة في
البلدان وسعر اللحم لا يظهر إلا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة
دون اللحم ولو خاف الإمام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فإذا
وجدوا ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر إنما هو دفع الضرر عنهم كما في حالة المخمصة
۝ ويجوز شراء ما لا بد للطفل منه وبيعه لأخيه وعمه وأمه وملتقطه إذا
هو في حجرهم لأنه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع وأصله أن
التصرفات على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو في
يده وليا كان أو لم يكن وليا كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه إذا
كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد ونوع هو
متردد يحتمل أن يكون نفعا ويحتمل أن يكون ضررا وذلك مثل البيع والإجارة والاستئجار
فلا يملكه إلا الأب والجد ووصيهما ويملكونه سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن
لأنهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط أن يكون في أيديهم واستئجار الظئر
من النوع الأول وفيه نوع رابع وهو النكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوي الأرحام
عند عدمهم عند أبي حنيفة ولا يجوز من غيرهم ۝ ويؤجره أمه فقط يعني أن
الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة إلا الأم فإنها تؤجره إذا كان في حجرها
ولا يؤجره الأخ ولا العم ولا الملتقط والفرق أن الأم تملك إتلاف منافعه بغير
عوض بأن تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير وفي رواية
القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الأول وفي
هذا أقرب لأن فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير ولو أجر الصبي نفسه لا يصح لأنه
مشوب بالضرر إلا إذا فرغ من العمل لأنه محض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى ۝

فصل في المتفرقات

۝ يجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والبغال والإبل
والأقدام والأصل فيه حديث أبي هريرة رض عن النبي عم أنه قال لا سبق إلا في خف أو
نصل أو حافر والمراد بالخف الإبل وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل والحمار وعن
الزهري أنه قال كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله عم في الخيل والركاب والأرجل
ولأنه مما يحتاج إليه في الجهاد والكر والفر وكل ما هو من أسباب الجهاد فتعلمه مندوب
إليه وكانت العضباء ناقة رسول الله عم لا تسبق فجاء أعرابي على قعود فسبقها
فشق ذلك على المسلمين فقال عم ما رفع الله شيئا إلا وضعه وعن النبي عم أنه قال
لا يحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال والرهان أي الرمي والمسابقة

فان شرط فيها جعل من احد الجانبين او من ثالث لاسبقهما جاز وذلك مثل
ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني اعطيتك كذا وان سبقتك لا اخذ منك شيئا
او يقول الامير لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا وان سبق فلا شيء عليه او يقول
لجماعة الرماة من اصاب الهدف فله كذا وانما جاز في هذين الوجهين لانه تحريض على
تعلم استعمال آلة الحرب والجهاد لقوله عم المؤمنون عند شروطهم وفي الفتاوى يجوز
لانه تعليق المال بالخطر وان شرط من كلا الجانبين يحرم لانه قمار الا ان يكون بينهما
محلل كفوءهما ان سبقهما اخذ منهما وان سبقاه لا يعطيهما وفيما بينهما ايهما سبق اخذ
من الآخر وانما جاز ذلك لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وقيل في المحلل ان يكون
ان سبقاه اعطاهما وان سبقهما لم ياخذ منهما وهو جائز ايضا لما ذكرنا ولو لم يكن فرس
المحلل مثلهما لا يجوز لانه لا فائدة في ادخاله بينهما فلا يخرج من ان يكون قمارا وعلى هذا
التفصيل لو اختلف اثنان في مسئلة واراد الرجوع الى شيخ وجعلا على ذلك جعلا لانه
لما جاز في الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد في طلب العلم لان الدين
يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد والمسابقة بالخيل للرياضة ما لم يتعلق مندوب اليه وكذا
على الاقدام والرمي قال النبي عم ان الله يدخل بالسهم الواحد ثلثة صانعه ومنبله
والرامي به رواه عقبة بن عامر الجهني وتحسين الدابة وركضها للجهاد وغيره من غرض صحيح
لا بأس به وللتلهي مكروه وركض الدابة بتكلف للعرض على المشتري مكروه لانه يغر
المشتري وفي الحديث تضرب الدابة على النفار ولا تضرب على العثار لان العثار يكون
من سوء امساك الراكب اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدب على ذلك وعن
عمر رض انه كتب الى سعد بن ابي وقاص لا تخصين فرسا ولا تجرين فرسا معناه ان
صهيل الفرس يرهب العدو والخصي يمنعه لا انه حرام لانهم تعارفوه من لدن رسول الله
عم الى يومنا من غير نكير ويجوز شراء الخصي من الخيل وركوبه بالاتفاق ٥ ووليمة
العرس سنة قديمة وفيها مثوبة عظيمة قال النبي عم اولم ولو بشاة وهي اذا بنى الرجل
بامرأته ان يدعو الجيران والاقرباء والاصدقاء ويذبح لهم ويصنع لهم طعاما
ومن دعي فليجب وان لم يجب اثم لقوله عم من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله
وان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم ياكل اثم وجفا
لانه استهزاء بالمضيف وقال عم لو دعيت الى كراع لاجبت ولا يرفع منها شيئا ولا
يعطي سائلا الا باذن صاحبها لانه انما اذن له في الاكل دون الرفع والاعطاء
وان علم المدعو ان فيها لهوا لا يجيب لانه لم يلزمه حق الاجابة وان لم يعلم حتى حضر
وان قدر على المنع فعل لانه نهي عن منكر والا اي ان لم يقدر على المنع
وان كان مقتدى به او كان اللهو على المائدة فلا يقعد لان فيه شين الدين
وفتح باب المعصية على المسلمين قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع

القوم الظالمين والا اي ان لم يكن مقتدى به او لم يكن اللهو على المائدة
فلا بأس بالقعود قال الامام ابو حنيفة ابتليت به مرة فصبرت وهو محمول
على ما قبل ان يصير مقتدى ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء
انما يكون بالمحرم وان كان لعب وغنا قبل ان يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه
اجابة الدعوة اذا كان هنا منكر قال علي رض صنعت طعاما فدعوت رسول الله
عم فجاء فرأى في البيت تصاوير فرجع وعن ابن عمر رض انه قال نهى رسول الله
عم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وان ياكل وهو منبطح
٥ والكلام منه ما يؤجر به كالتسبيح ونحوه من قراءة القرآن والاحاديث النبوية
وعلم الفقه قال الله تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات اعد الله لهم مغفرة
واجرا عظيما والآيات والاحاديث في ذلك كثيرة وقد يأثم به اذا فعله في مجلس
الفسق وهو يعلمه لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه وان قصد به
فيه الاعتبار والانكار ليشتغلوا عما هم فيه من الفسق فحسن وكذا من سبح في
السوق بنية ان الناس غافلون مشتغلون بامور الدنيا وهو مشتغل بالتسبيح
وهو افضل من تسبيحه وحده في غير السوق قال النبي عم ذاكر الله في الغافلين
كالمجاهد في سبيل الله ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه وكذلك
الفقاعي عند فتح الفقاع بقوله لا اله الا الله صلى الله على محمد فانه يأثم
بذلك لانه يأخذ لذلك ثمنا بخلاف الغازي والعالم اذا كبر عند المبارزة
وفي مجلس العلم لانه قصد به التفخيم والتعظيم واظهار شعائر الدين ٥
ويكره ايضا الترجيع بقراءة القرآن والاستماع اليه لانه تشبيه بفعل
الفسقة حال فسقهم وهو الغناء ولم يكره هذا في الابتداء وهذا كرهه الا ان
وقيل لا بأس به لقوله عم زينوا القرآن باصواتكم وعن النبي صلى الله عليه وسلم
انه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة والزحف والتذكير فما ظنك
به عند الغناء المحرم الذي يسمونه وجدا وكره الامام ابو حنيفة القراءة
عند القبر لانه لم يصح عنده في ذلك شيء عن النبي عم وجوزها محمد وبه اخذ
لما فيه من النفع للميت لورود الآثار بقراءة آية الكرسي وسورة الاخلاص و
الفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان
ان يجعل ثواب عمله لغيره على ما ذكرناه مفصلا في باب الحج عن الغير ٥ ومنه
ما لا اجر فيه ولا وزر كقوم وقعد واكل وشرب ونحوه لانه ليس بعبادة
ولا معصية وقيل لا يكتب عليه لانه لا اجر عليه ولا عقاب وعن مجاهد ما من علي
فقد روى عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس انه قال ان الملائكة لا تكتب الا ما كان
فيه اجر او وزر وقيل يكتب لقوله تعالى ونكتب ما قدموا وآثارهم ثم يمحى الاجزاء فيه

وسقي ما فيه جزاء، وقيل يمحى في كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الاعمال ولا يكتبون على
انها يمحى يوم القيمة ○ ومنه ما يأثم به كالكذب والغيبة والنميمة والشتيمة لان كل
ذلك معصية حرام بالنقل والعقل والكذب حرام الا في الحرب للخداع وفي الصلح بين
الاثنين وفي ارضاء الاهل وفي دفع الظالم عن الظلم لقوله عم لا يصلح الكذب الا في ثلث
مواضع في الصلح بين اثنين وفي القتال وفي ارضاء الرجل اهله ودفع الظالم عن الظلم
من باب الصلح ويكره التعريض به الا لحاجة كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعني امس
فلا بأس به لانه صادق في قصده وقيل يكره لانه كذب في الظاهر ولا غيبة لظالم يؤذي
الناس بقوله وفعله قال النبي عم اذكروا الفاجر بما فيه لكي يحذره الناس ولا اثم
في السعي به الى السلطان ليزجره لانه من باب النهي عن المنكر والمنع عن الظلم
ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة لان المراد مجهول فصار
كالقذف ○ ويحرم اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وكل لهو لقوله
عم كل لعب ابن ادم حرام الا ثلثة ملاعبة الرجل اهله وتاديبه لفرسه ومناضلته
لقوسه قال النبي عم من لعب بالنردشير فكانما صبغ يده في لحم الخنزير رواه مسلم واحمد
وابو داود وعن ابي موسى ان النبي عم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه
مالك واحمد وغيرهما وأباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بحفظ الواجبات
لان فيه تشحيذ الخاطر والحجة عليه ما رويناه وما روي ان ابن عمر رض مر بجمع
يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون وروي
ان عليا رض مر على قوم يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم فسئل في ذلك فقال كيف
اسلم على قوم يعكفون على اصنام لهم وروي انه ضرب على رؤسهم ○ ويكره استخدام
الخصيان لان فيه تحريض الناس على الخصاء وهو مثلة وقد نهى النبي
عم عن المثلة فيحرم ○ وصل الشعر بشعر الادمي سواء كان شعرها او شعر غيرها
لقوله عم لعن الله الواصلة والمستوصلة ○ وقوله في الدعاء اللهم اني اسألك
بمعقد العز من عرشك لحسنه عبارة لان معقد بمعنى من العقد والقعود
تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولا شك في كراهة الثانية لاستحالة معناها على
الله تعالى وكذا الاولى لانها توهم ان عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما
تعلق به يكون حادثا ضرورة والله متعال عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم
لانه صفته وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها في الازل و
لن يزال في الابد ولم يزدد شيا من الكمال لم يكن في الازل بحدوث العرش وغيره وعن
ابي يوسف رح انه لا بأس وبه اخذ الفقيه ابو الليث لما روي ان النبي عم كان من
دعائه ان يقول اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك وبمنتهى الرحمة من كتابك
وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامات والاحوط الامتناع لكونه

خبر واحد فيما يخالف القطعي اذ المتشابه يثبت بالقطعي ولو جعل العز
صفة للعرش كان جائزا لان العرش موصوف في القرآن بالمجيد والكريم
فكذا بالعز ولا يشك احد انه موضع الهيبة واظهار كمال القدرة لان
كان الله تعالى مستغنيا عنه ○ وقوله اسألك بحق انبيائك وبحق رسلك
وبحق اوليائك او بحق بيتك المحرم او بحق المشعر الحرام لانه لا حق للمخلوق على الله
تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله او
بالله ان تفعل كذا لا يجب عليه ان يأتي بذلك شرعا وان كان الاولى ان يأتي به ○
واستماع الملاهي حرام كالضرب بالقضيب والدف والمزمار وغير ذلك قال النبي
عم استماع صوت الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر خرج
مخرج التشديد وتغليظ الذنب فان سمعه بغتة يكون معذورا ويجب ان يجتهد
ان لا يسمعه لما روي ان النبي عم ادخل اصبعيه في اذنيه لئلا يسمع صوت الشبابة
وعن الحسن بن زياد انه لا بأس بالدف في العرس ليشتهر ويعلن النكاح وسئل ابو يوسف
ايكره الدف في غير العرس تضرب به المرأة للصبي في غير فسق قال لا فاما الذي يجيء منه
الفاحش للغناء فاني اكرهه وقال ابو يوسف دار يسمع منها صوت المزامير والمعازف
ادخل عليهم بغير اذنهم لان النهي عن المنكر فرض ولو لم يجز الدخول بغير اذن لامتنع
الناس عن اقامة هذا الفرض رجل اظهر الفسق في داره ينبغي للامام ان يتقدم اليه
فان كف عنه والا ان شاء حبسه او ضربه سياطا وان شاء ازعجه عن داره
ومن رأى منكرا وهو ممن يرتكبه يلزمه ان ينهى عنه لانه يجب عليه ترك المنكر
والنهي عنه فاذا ترك احدهما لا يسقط عنه الآخر والمغني والقوال والنائحة
ان اخذ المال من غير شرط يباح له وان كان بشرط لا يباح لانه اجر على المعصية ○
ويكره تعشير المصحف ونقطه لقول ابن مسعود رض وغيره من الصحابة رض جردوا
المصاحف ويروى جردوا القرآن والنقط والتعشير ليس من القرآن فيكون منهيا عنه
الا للعجم فانه حسن لان القراءة والاي توقيفية ليس للرأي فيها مدخل فبالتعشير
حفظ الاي وبالنقط حفظ الاعراب فكانا حسنين في حق العجم ولان العجمي الذي لا يحفظ
القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روي عن ابن مسعود فذاك في
زمنهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبي عم كما انزل وكانت القراءة سهلة عليهم وكانوا
يرون النقط مخلا بحفظ الاعراب والتعشير بحفظ الاي ولا كذلك العجمي في زماننا
فيستحسن لعجزه عن التعلم الا به وعلى هذا لا بأس بكتابة اسامي السور وعدد الاي
فهو وان كان محدثا فمستحسن وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان ولا بأس
بتحليته لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه ○ ولا بأس بغلق الذي في
المسجد الحرام وسائر المساجد وقال مالك يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي

يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه
وعدى مالك الى سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة ولنا ما روي
ان النبي عم انزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقال الصحابة
المشركون نجس فقال عم ليس على الارض من نجاستهم شيء وانما نجاستهم على انفسهم
وروي ان ابا سفيان دخل في حال الكفر مسجد النبي عم والنجاسة المذكورة في الاية
هو الخبث في اعتقادهم لان كل قبيح رجس وهو الخبث الا ترى ان الازلام والميسر
سميت في القران رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الاية عن قربانهم المسجد
الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ما ذكره اهل التفسير
وكان الحكم فيهم يفعلون ما ارادوا ولما اعلى الله كلمته ونصر نبيه وفتح على
المسلمين بعد الفتح نهوا عن ذلك ومنعوا من دخوله لقصد الطواف بالكلية
ولا بعيادته لما روي ان يهوديا مرض بجوار النبي عم فقال قوموا بنا نعود جارنا
اليهودي فعاد فقعد عند راسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر
المريض الى ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله وان محمدا
رسول الله ثم مات فقال النبي عم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار ۵
ويجوز خصاء البهائم لان النبي عم ضحى بكبشين املحين موجوئين والموجوء الخصي
ولان لحمه يطيب به ويترك النطاح فيكون حسنا وانزاء الحمير على الخيل لان النبي
عم ركب البغل واقتناه ولو لم يجز لما فعله لان فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان
لاجل تكثير الخيل والحقنة للرجال والنساء اي يجوز الحقنة للتداوي ويجوز ان ينظر
الى ذلك الموضع للضرورة لقوله عم لكل داء دواء فاذا اصيب دواء الداء برئ باذن الله
رواه مسلم واحمد وروي ان الاعراب قالوا يا رسول الله الا نتداوى قال نعم عباد الله
تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له شفاء او دواء الا داء واحدا قالوا يا رسول الله وما
هو قال الهرم رواه الترمذي وجماعة وروي ان النبي عم تداوى واحتجم وقال جابر رض
ان النبي عم كوى سعد بن معاذ في الاكحل مرتين رواه ابن ماجه ومسلم بمعناه ولا جناح
على من تداوى اذا كان يرى ان الشافي هو الله تعالى دون الدواء وانه جعل الدواء
سببا لذلك والمعافي في الحقيقة هو الله تعالى واعتقد ذلك وما رواه بعضهم
من الاخبار ما يدل على كراهية التداوي فذلك اذا كان يرى الشفاء من الدواء
ويعتقد انه لو لم يعالج لما سلم فلا يجوز مثل هذا التداوي ولا يجوز بالخمر
ونحوها لما روى ابن مسعود ان النبي عم قال ان الله لم يجعل شفاءكم
فيما حرم عليكم ذكره البخاري وعن ابي الدرداء رض ان النبي عم قال ان الله
انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام رواه ابو داود

ويجوز التداوي بالعظام كلها سواء كانت من الذكية او من الميتة غير انه اذا كانت
من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس فيها دسومة ومن الذكية يجوز كيفما
كان الا عظم الخنزير والادمي الخنزير لنجاسته والادمي لكرامته ولا باس بالرقى
لان النبي عم كان يفعل ذلك وما جاء فيه من النهي عنه محمول على ما في الجاهلية
اذ كانوا يرقون بكلمات كفر وقال في النهاية يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول
اذا اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه
والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود
او يحتمل انه قاله في داء عرف له دواء غير المحرم ۵ ولا باس برزق القاضي كفايته
بلا شرط من بيت المال لان بيت المال اعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس لمصالحهم
والحبس من اسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة فيعطى
منه ما يكفيه واهله على هذا كانت الصحابة والتابعون رضي الله عنهم وبعث
رسول الله عم عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن
وفرض لهما وكان ابو بكر والخلفاء بعده ياخذون كفايتهم فكان اجماعا
ثم ان كان القاضي محتاجا فالافضل له ان ياخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة ما
عليه الا به اذ اشتغاله بالكسب يقعده عن اقامة ما عليه وان كان غنيا فلا
ياخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله تفرغ للنفقة الا ان
هذا اذا اعطوه من غير شرط ومعاقدة كعقد الاجارة فان كان بشرط
ومعاقدة لا يحل له اخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز اخذ الاجر عليه كسائر
الطاعات وتسميته رزقا تدل على ان ما ياخذه مقدر بالكفاية وانه ليس
باجرة ولو اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل مضي السنة فيجب عليه رد حصة
ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة ۵ ولا باس بسفر الامة وام الولد
بلا محرم لانه يجوز لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر
والمس وام الولد امة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا
معتق البعض عند ابي حنيفة لانها كالمكاتبة عنده ولا يجوز الخلوة بها قيل يباح في
قولهم وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد
فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام ۵ ويكره جعل الراية في عنق العبد
وهو ان يجعل في عنقه طوق من حديد عظيم يمنعه من تحريك راسه وهو معتاد
بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار قال النبي عم لا تعذبوا
بعذاب الله لا تقييده اي لا يكره قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين
في الفساق ۵ ويكره ان يقرض بقالا درهما لياخذ منه ما يحتاج الى ان يستغرقه
لان له في ذلك نفعا وهو بقاء درهمه وكفايته للحاجات ولو كان في يده لخرج من ساعته

ولم يبق فصيره في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان لا يوجد اياه ثم يأخذ منه
شيئا فشيئا وان ضاع فلا شيء عليه لان الوديعة امانة ه والسنة تقليم الاظافر ونتف
الابط وحلق العانة والشارب وقصه حسن وهذه من سنن ابرهيم الخليل عليه السلام
وفعلها نبينا عم وامر بها وقيل اول من قص الشارب واختتن وقلم الاظفار ورأى الشيب
ابرهيم عم قال الطحاوي في شرح الاثار قص الشارب حسن وهو ان يأخذ حتى ينتقص عن
الاطار وهو الطرف الاعلى من الشفة العليا واذا قص اظفاره او حلق شعره ينبغي
ان يدفنه قال تعالى الم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا وان القاه فلا بأس به ويكره
القاؤه في الكنيف والمغتسل لانه يورث المرض وتوفير الاظفار والشارب
مندوب اليه في دار الحرب ليكون اهيب في عين العدو والاظفار سلاح عند عدم السلاح
ه ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر وغض بصره لما فيها من معنى النظافة
والزينة وتوارث الناس ذلك من غير نكير وغمز الاعضاء في الحمام مكروه لانه عادة
المترفين والمتكبرين الا من عذر الم او تعب فلا بأس به ه ويستحب اتخاذ الاوعية لنقل
الماء الى البيوت لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن عورة وقد نهين عن الخروج
قال الله تعالى وقرن في بيوتكن فيأمرها الزوج بذلك لكثرة حاجتها وكونها من الخزف افضل
اذ لا سرف فيه ولا مخيلة وفي الحديث من اتخذ اواني بيته خزفا زارته الملائكة ويجوز
اتخاذها من نحاس او رصاص او شبه او اديم ولا يجوز من الذهب والفضة للامر ه ولا بأس
بستر حيطان البيت باللبود للبرد لان فيه منفعة ويكره للزينة لانه نوع تكبر
وكذا ارخاء الستر على الباب وقد مر ه واذا ادى الفرائض واحب ان يتنعم
بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به لان النبي عم تسرى بمارية ام ابرهيم
رض مع ما كان عنده من الحرائر وعلي رض استولد ام محمد الحنفية مع ما كان عنده
من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده
والطيبات من الرزق والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقي الى ما ينفعه
في الاخرة اولى لان ما عند الله خير وابقى اعلم ان الاقتصار على ادنى الكفاية
عزيمة وما زاد عليه من التنعم رخصة وفي الحديث لا تزول قدما عبد يوم القيمة حتى
يسأل عن اربعة عن عمره فيما افناه وعن شبابه فيما ابلاه وعن ماله من اين
اكتسبه وفيما اصرفه والذي يجب على المسلم ان يتمسك بعقد منها التحرز عن
وعن علمه ماذا عمل فيه صح
ارتكاب الفواحش ما ظهر منها وما بطن ومنها المحافظة على اداء الفرائض في اوقاتها
تامة كما امر بها ومنها التحرز عن السحت واكتساب المال من غير حله ومنها التحرز
عن ظلم كل مسلم او معاهد وما عدا ذلك فقد وسع الله تعالى علينا الامر فيه
فلا تضيقه علينا ولا على احد من المسلمين قال النبي عم ان الله تعالى يحب ان تؤتى رخصه كما
ان تؤتى عزائمه وقال عم بعثت بالحنيفية السمحة ولم ابعث بالرهبانية الصعبة

كتاب احياء الموات

هي ارض لا ينتفع بها عادية او مملوكة في الاسلام لا يعرف لها مالك معين مسلم او ذمي
هذا تفسير الموات من الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع
بها تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به وأما تفسير الحيوة فظاهر
والمراد بها الحيوة النامية فاحيينا به الارض بعد موتها وعند محمد ان ملكت
في الاسلام لا يكون مواتا لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل ولنا انها لا
تكون مملوكة لاحد مسلم او ذمي لانها اذا كانت مملوكة له كان ملكه باقيا فيها لعدم
ما يزيله فلا يكون مواتا ويشترط عند ابي يوسف كونها بعيدة عن العامر ولو صيح
من اقصاه لا يسمع فيها وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر وعند
محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر ولو قريبا منه فعلى هذا لا يجوز احياء ما ينتفع
به اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من
العامر وشمس الائمة اعتمد قول ابي يوسف ه ومن احياها باذن الامام ولو ذميا
ملكها وبلا اذنه لا وهذا عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان يملكه من احياه
ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عم من عمر ارضا ليست لاحد فهو احق بها رواه البخاري
واحمد وقال عم من احيى ارضا ميتة فهي له رواه احمد والترمذي وصححه ولانه مباح سبقت
يده اليه فكان احق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز ولابي حنيفة قوله
عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان هذه الارض كانت في ايدي الكفرة ثم زالت
في ايدي المسلمين فصارت فيئا ولا يختص به احد دون رأي الامام كالغنائم
بخلاف الصيد وامثاله لانها لم تكن في ايدي الكفرة فلم يكن في حكم الفيء وما روياه
كان اذنا من النبي عم لا نصب شرع كقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه فانه خرج
منه بالسلب لا نصب شرع ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني
احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك
رقبتها بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بالترك ه ولا يجوز احياء ما قرب من العامر لانه
ليس بموات لتعلق حق اهل القرية مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليه فصار
كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار
التي يستقى منها الماء ولا يجوز ايضا احياء ما عدل عنه الفرات ونحوها واحتمل عوده اليه
لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه فلا يكون
مواتا وان لم يحتمل عوده اليه فهو موات لانه ليس في ملك احد جاز احياؤه اذا لم يكن حريما
لعامر ه ومن حجر ارضا ثلث سنين ولم يعمرها اخذت منه ودفعت الى غيره لان الامام
انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر والخراج فاذا لم
يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر

ليس بتحجير بعد ثلاث سنين حتى ولا في مدة الانتظار ينبغي ان يكون عامة يشتمل
جميع المتحجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان المتحجر له ان يجري موضع شاء
في دار الاسلام واقصى دار الاسلام ينقطع في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة
للذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغي لاحد ان يحييه لكن الموضع
حتى يمضي ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة واما في الحكم فان احياها غيره قبل
مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه دون الاول وان حفرها بئرا فهو تحجير لا
باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا
فهو احياء كذا ذكر في المبسوط وذكر في الهداية انه لو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء
ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين
وان حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها ۝
ومن حفر بئرا في ارض موات فله حريمها ان باذن الامام عند ابي حنيفة وكذا ان
بغيره لانه عندهما حريم العطن اربعون ذراعا من كل جانب هو الصحيح لقوله عم من حفر
بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا ولان صاحب البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما
حولها لانه يحتاج الى ان يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى ان يبني على شفير البئر
ما يركب عليه البكرة والى ان يبني حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه
حالة الشرب وبعده فقدره الشرع باربعين ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب
الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح
ان المراد اربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر احد بئرا بجنبها
فيتحول ماء الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة اذرع من كل جانب
فيقدر باربعين كيلا يتسلط عليه المصالح وكذا حريم الناضح اربعون ذراعا
كالعطن عند ابي حنيفة وعندهما الحريم للناضح ستون ذراعا لقوله عم حريم
العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون
ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح اكثر لانه يحتاج الى
موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وحد يطول الرشاء وفي بئر العطن يستقي
بيده فلابد من التفاوت بينهما وله ما روينا من غير فصل ومن اصله العام المتفق
على قبوله والعمل به ترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولانه يستقي من بئر العطن
بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكنه ان يدير البعير حول
البئر ولا يحتاج الى الزيادة وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب لما روينا ولان العين
تستخرج للزراعة فلابد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة
فقدره الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأي في المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسمائة
من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح خمسمائة ذراع

من كل جانب والذراع هي المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات
فكسر منه قبضة وفي الكافي قيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكر في اصل بلادهم
اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد لئلا يتحول الماء الى الثانية فيتعطل الاول ويمنع غيره من الحفر
في حريمه لانه صار ملكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع به فكان الحافر متعديا
بالحفر في ملك غيره لا يمنع لو حفر فيما وراءه لانه خارج عن ملكه والحافر احد فيه
اي في حريمه ضمن النقصان لانه متعد بحفره في حريم الغير ويكبس الحافر بنفسه لا بل
تعديه كما اذا وضع شيئا في ملك غيره والحافر الثاني بئرا فيما وراءه اي في غير
حريم البئر الاولى باذن الامام وذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا ضمان
على صاحب الثانية لصاحب الاولى لانه غير متعد في فعله والماء تحت الارض غير
مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد
الاول بسببه وللثالث الحريم من الجوانب الثلاثة ما سوى جانب الاول لسبق ملك
الاول فيه ۝ وللقناة حريم بقدر ما يصلحها القناة مجرى الماء تحت الارض
ولم يقدر حريمه بشيء على ضبطه وقيل لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها عند
ابي حنيفة لانها نهر في الحقيقة فيعتبر بالنهر وعندهما كالبئر في استحقاق الحريم
وان ظهر ماؤها على وجه الارض فهو كالعين اجماعا فيقدر حريمها بخمسمائة
ذراع ۝ ولا حريم لنهر في ارض الغير الا بحجة عند ابي حنيفة وعندهما له
مسناة بقدر نصف عرضه من كل جانب عند ابي يوسف وبقدر عرضه عند
محمد وهو الارفق لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه
كصاحب البئر والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء
اذا احتبس بشيء وقع فيه اذ لا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي
عليه الطين عند الكري في النقل الى اسفله وفيه من الحرج ما لا يخفى وله ان
ان استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما
ما ليس في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة حيث لا يمكن الانتفاع بهما الا
بدون الحريم وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه اصلا
نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر الى اسفله لكنه
دون الحرج فيهما فلا يلحق بهما اذ شرط القياس ان يكون الفرع نظير
الاصل الا ترى ان من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق له حريما وان كان يحتاج
اليه لالقاء الكناسة فيه لانه على الانتفاع بالقصر بدون الحريم قياسا
على البئر لان حاجة اليه دون حاجة صاحب البئر الى الحريم فاذا لم يستحق ۝
فالمسناة بين النهر والارض وليست في يد احد فعند ابي حنيفة هي لصاحب
الارض فلا يغرس صاحب النهر فيها ولا يلقي عليها طينه الا بعذر وقيل له الحق

والقاء الطين ما لم يفحش وعندهما حريم النهر قدر ذلك وفي الجامع الصغير
نهر لرجل الى جنبه مسناة وارض لآخر خلف المسناة فادعى صاحب الارض المسناة
وادعاها صاحب النهر ايضا فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا
لصاحب النهر حريم لملقى طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا
بحق احدهما معينا معلوما فان كان فيه اشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا
الخلاف ايضا وكذا في القاء الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر
ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على
وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك مما
جرت العادة ولا يغرس فيه الا المالك لانه لا يبطل حقه قال الخصيبي الحق
اخذ بقول الامام ابي حنيفة في الغرس وبقولهما في القاء الطين ومن غرس
شجرة في ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب يمنع غيره من الغرس
لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ الثمر وللوضع فيه روي ان رجلا غرس شجرة في ارض
فلاة فجاء آخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل
له من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك **فصل في الشرب** هو النصيب
من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم والشفة شرب بني آدم
والبهائم • الانهار العظام كالفرات ودجلة غير مملوكة ليس لاحد فيها يد
على الخصوص ولا قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا بالاحراز واذا لم يكن
مملوكا كان لكل احد فيها ان ينتفع به لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلث
في الماء والكلأ والنار والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا احرز فقد ملكه فخرج
من ان يكون مباحا فلا يجوز لاحد ان ينتفع به الا باذنه والمراد بالكلأ الحشيش
الذي نبت بنفسه من غير ان ينبته احد ومن غير ان يزرعه ويسقيه فيمكنه
من قطعه واحرازه وان كان في ارض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها
والاصطلاء بها والاتقاد من لهبها وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كان
في الصحراء بخلاف ما لو اراد غيره ان ياخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك
فكان له منعه كسائر املاكه الا اذا لم يكن له قيمة والانتفاع بالانهار العظام
انواع منها حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكري نهر الى ارضه ان لم
يضر بالعامة كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء وان كان يضر بالعامة
بان يسيله بالكري او نصب الرحى فليس له ذلك وفي الانهار المملوكة
والحوض والبئر والقناة لكل حق الشفة الا اذا خيف التخريب بكثرة المواشي والابل
على جميع الماء فحينئذ يمنع واما غيبة له حق الشرب وسقي الدواب منها للمارين وان

الانهار والآبار والحياض لم يوضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد
اذا تكنس في ارض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه
ان يستصحب ما يكفيه الى ان يرجع الى وطنه فيحتاج الى ان ياخذ الماء من الآبار والانهار بلغ
التي يكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر ولو منع من ذلك لخيف
من عطشه وهو مدفوع شرعا بخلاف سقي الارض او الشجر حيث يمنع صاحب الماء عنه
وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا يسقي ارضه او شجره الا باذن مالكه
لان في اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته [illegible]
وله الاخذ للوضوء وغسل الثياب وسقي شجر وخضر في داره بالجرار في الاصح لان الناس
يتوسعون فيه ويعدون المنع منه من الدناءة قال النبي عليه السلام ان الله يحب معالي الامور
ويبغض سفسافها وما احرز من الماء بحب او كوز ونحوه لا ياخذ الا برضى صاحبه لانه
ملكه بالاحراز فكان اخص به كالصيد اذا اخذه وله بيعه • ولو كان البئر او العين
او النهر في ملك احد فله منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ما يقرب منه
وان لم يجد غيره لزمه ان يخرج اليه الماء او يمكنه من الدخول بشرط ان لا يكسر ضفته
لان له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة قيد بهذا اذا احتفر في ارض مملوكة
له واما اذا احتفرها في ارض موات فليس له منعه لان الموات كان حقا للكل فان لم يفعل
اي ان لم يخرج اليه الماء او لم يمكنه من الدخول وخيف العطش على نفسه او دابته قوتل
بالسلاح لاثر ابن عمر رضي الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء في البئر
والنهر ونحوهما مباح غير مملوك وفي المحرز في الاواني لو خيف العطش يقاتل بغير سلاح
فصل اذا كان فيه فضل عن حاجة صاحبه لانه ملكه بالاحراز كما في الطعام حال المخمصة
وكري الانهار العظام من بيت المال لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال لاجلها
فكان مؤنة الكري منه فان لم يكن فيه اي في بيت المال شيء فكريه على العامة يجبرهم الامام
على كريه لان الامام نصب ناظرا وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح
باختيارهم فيجبرهم عليه • وكري ما ملك على اربابه لان الحق لهم والمنفعة تعود
اليهم على الخصوص والخلوص لا على اهل الشفة لانهم لا يحصون ولانهم اتباع
ويجبر من ابى على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص
ويقابله عوض فلا يعارض به • ومؤنته عليهم من اعلاه اي مؤنة كري النهر
المشترك على الشركاء من اعلى النهر فاذا جاوز الماء ارض رجل سقطت الكري عنه عند
ابي حنيفة وليس له سقي ارضه ما لم يفرغ شركاؤه وقالا ذلك وعندهما هي اي
المؤنة عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب لان كل واحد منهم منتفع بالاسفل
كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل من الماء فاذا انسد عليه فاض الماء
على ارضه وافسد زرعه فتبين ان كل احد منهم منتفع بالنهر من اوله الى آخره فاذا استوفى

في المغنم وجب الاستواء في الغرم. ولأبي حنيفة أن مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الأرض منه فإذا جاوز الكري أرض رجل فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شيء من مؤنته وبانتفاعه في أسفل من حيث إجراء ما فضل من الماء فيه لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولأنه يتمكن من دفع ضرر الماء عنه بسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عنه فلا يحتاج إلى الكري من أسفل وزعم بعض أصحابنا أن الكري إذا انتهى إلى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة والأصح أن عليه مؤنة الكري إلى أن يجاوز حد أرضه لأن له أن يتخذ الفوهة من أي موضع شاء من أرضه إن شاء من أعلى وإن شاء من أسفل وكان منتفعا بالكري انتفاع سقي الأرض ما لم يجاوز حد أرضه • وتصح دعوى الشرب بلا أرض هذا استحسان والقياس أن لا يصح لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام ولأنه يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك في المدعى إذا أثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن أن يملك بغير أرض بالإرث والوصية وقد يبيع الأرض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة • ومن كان له نهر يجري في أرض غيره فأراد رب الأرض منع الإجراء فليس له ذلك ويترك على حاله لأن موضع النهر مشغول في يد رب النهر مستعمل لإجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فادعى أنه له وقصد إجراءه لا يسمع بلا بينة أنه له وأنه كان له حق الإجراء في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملك الرقبة إذا كان الدعوى فيه أو حق الإجراء بإثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح والميزاب والممشى في دار الغير فحكم الاختلاف فيه نظيره في الشرب • وإن اختصم جماعة في شرب بينهم قسم على قدر أراضيهم لأن المقصود بالشرب سقي الأراضي والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها والظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته • ويمنع الأعلى منهم من سكر النهر إلا برضاهم وإن لم يشرب أرضه بدونه يعني ليس له أن يسكر النهر على الأسفل لكنه يشرب بحصته لأن في السكر إحداث شيء لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون إذن الشركاء فإن تراضوا على أن الأعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لأن المانع حقهم وقد زال برضاهم ولكن يمكنه أن يسكر بلوح أو

باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لئلا يكبس النهر وفيه إضرار بالشركاء إلا أن يتراضوا على ذلك ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل واحد منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا وليس لهم أن يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود رضي الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل الأعلى حتى يرووا وهذا يوجب البداية بأهل الأسفل • وليس لأحد منهم أن يشق منه نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا إلا بإذن البقية لأن في شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء وفي الكسر تغيير الماء عن سننه الرحى في ملكه وهي لا تضر بالنهر ولا بمائه فيجوز لأن ما يحدثه من البناء في خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينقص الماء ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه أو ينقص ولم يوجد شيء من ذلك فيجوز والدالية بمنزلة الرحى وفي نصب الجسر إشغال الموضع المشترك فيمنع منه ولا يكون ذلك إلا برضاهم ولا أن يوسع فم النهر لأن فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء ولا أن يقسم بالأيام مهايأة بعد كون القسمة بالكوى لأن القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ولا أن يزيد كوة وإن لم يضر بالباقين لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كان الكوى في النهر الأعظم لأن لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الأولى ولا أن ينقص بعض كواه يعني لو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالآخر ولا أن يسوق شربه إلى أرض أخرى له ليس لها منه شرب لأنه إذا فعل ذلك يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر والأولى إذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالحكم بإجراء الماء فيه فإن رضي البقية بشيء من ذلك جاز لأن الحق لهم وله نقضه بعد ذلك ولورثتهم من بعدهم لأنه إعارة الشرب لا مبادلة لأن مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا إجارة الشرب لا تجوز فتعينت العارية وهذا لأن القسمة بالكوى قديم وليس لأحدهم أن ينقض تلك القسمة فإذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهم معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو وورثته أي وقت شاء ولأن العارية غير لازمة • والشرب يورث ويوصى بالانتفاع به لأن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر وكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله • ولا يباع ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به للغرر أو للجهالة أو لعدم الملك فيه للحال أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل وكذا لا يضمن بعقد والوصية ببيعه وهبته والتصدق به مثل بيعه والتصدق به فلا يجوز ولا يجعل مهرا ولا بدل خلع ولا صلح

عن محرم عمدا او عن محرم عوض لكن هذه العقود صحيحة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا تملك الشرب لانه لا يملك بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب ووجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما اخذت من المهر وعلى العاقد الاخر والمدعي ان يرجع على عوضه لبطلان المسمى • ولا يضمن من ملأ ارضه ماء فنزت ارض جاره او غرقت لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان في التسبب ان يكون متعديا الا يرى من حفر بئرا في ارضه لا يضمن ما عطب فيها لما قلنا وان حفر في الطريق يضمن وانما قلنا انه ليس بمتعد لان له ان يملأ ارضه ماء ويسقيها قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا بان سقاها قدر ما تحتمله عادة واما اذا سقاها سقيا لا تحتمله ارضه يضمن وكان الشيخ الامام اسمعيل يقول انما لا يضمن بالسقي المعتاد اذا كان محقا فيه بان سقى ارضه في نوبته مقدار حقه واما اذا سقاها في غير نوبته او في نوبته زيادة على حقه يضمن لوجود التعدي بالتسبب ولا يضمن ايضا من سقى من شرب غيره على رواية الاصل

كتاب الاشربة

وهي جمع شراب وهو في اللغة اسم لكل ما يشرب من المايعات والمراد به ههنا ما حرم شربه وكان مسكرا ❊ الخمر وهي النيء من ماء العنب اذا غلى واشتد وقال بعضهم كل مسكر خمر لما روي ابن عمر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي لفظ اخر كل مسكر خمر وكل خمر حرام ولقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وعن النعمان بن بشير رض انه قال قال رسول الله عم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا وان من الزبيب خمرا وان من التمر خمرا وان من العسل خمرا ولانها سميت خمرا لمخامرتها العقل والسكر يوجد بشرب غيرها فكان خمرا ولنا ان الخمر حقيقة اسم للنيء من ماء العنب المسكر باتفاق اهل اللغة وغيره يسمى مثلثا او باذقا الى غير ذلك من اسمائه وتسمية غيرها خمرا مجاز وعليه يحمل الحديث او على بيان الحكم ان ثبت لانه عم بعث لا لبيان الحقائق ولا نسلم انها سميت خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها ولئن سلمنا انها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لا يلزم منه ان يسمى غيرها خمرا قياسا عليها لان القياس لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو لتعدي الحكم الشرعي والقذف بالزبد شرط وهذا الذي ذكر من حد الخمر قول ابي حنيفة رح فاما فانه اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن الصلوة والقذف بالزبد صفاء لا تاثير له في احداث صفة السكر وكذا الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد لانه يتميز به الصافي عن الكدر واحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحد واكفار مستحلها وحرمة بيعها فيناط بالنهاية وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفي وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا • والطلاء وهو ما طبخ منه فذهب

اقل من ثلثيه وهو النوع الثاني من الاشربة المحرمة وقال في المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روي ان كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وانما سمي طلاء لقول ابن عمر رض ما اشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير اذا كان به جرب وهو يشبهه فان ذهب نصفه وبقي النصف يسمى منصفا وان طبخ ادنى طبخة سواء كان الذاهب قليلا او كثيرا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثيه يسمى باذقا وكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث لانه غليظ وليس يدعو قليله الى كثيره • والسكر هو النيء من ماء الرطب وهو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا غلى واشتد وقذف بالزبد وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رض والاية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة وقيل اريد به التوبيخ معناها والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا • ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب وهو النوع الرابع من الاشربة المحرمة اذا غلى واشتد لما روي عن ابن عباس رض ان النبي عم كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يامر به فيسقى الخدم رواه مسلم وفي رواية فان بقي شيء اهراقه او امر به فاهريق واشتراط قذف الزبد فيه بعد الغليان على ما في الخمر • والكل حرام وحرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يجب الحد بشربها حتى يسكر فنجاسة الخمر غليظة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به ونجاسة هذه مختلف في غلظها وخفتها لكون حرمتها غير قطعية ويكفر مستحل الخمر لانكاره الدليل القطعي دون هذه ويحد بشرب قطرة من الخمر وان لم يسكر دون هذه ويجوز بيع هذه ويضمن متلفها عند ابي حنيفة على ما بيناه في الغصب خلافا لهما فهو لا يجوزان بيعها وضمان متلفها لانها مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف ودون الثلثين وفي الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان اجماعي لقول النبي عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها ولان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها • والطبخ في الخمر وغيرها بعد الاشتداد لا يحل وان ذهب الثلثان فان الطبخ لا يعمل فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها لكن قيل لا يحد ما لم يسكر

والانتفاع بالمحرم باطل

عليها قال في الاول لان الحد في النيء خاصة فلا يتعدى الى المطبوخ • ويحل نبيذ التمر و
الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة وهو ان يطبخ الى ان ينضج لما روي عن ابي قتادة ان النبي عم
قال لا تنتبذوا الزهو والرطب جميعا ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جميعا ولكن انتبذوا
كل واحد منهما على حدته وهذا نص على ان المتخذ من كل منهما مباح وعن ابي سعيد
ان النبي عم نهى عن التمر والزبيب ان يخلط بينهما وان ينتبذ الحديث الى ان قال من شربه
منكم فليشربه زبيبا فردا او تمرا فردا او بسرا فردا وقد ورد في النهي عن الخليطين احاديث
كثيرة كلها صحاح وكلها يدل على ان كل واحد منها على الانفراد يحل وهذا محمول على
المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رض وكذا ما روي عن انس
ان الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر والمراد به غير المطبوخ لان حكمه حكم
الخمر فلهذا اطلق عليه اسم الخمر وقد ورد في حرمة المتخذ من التمر احاديث كلها
صحاح فاذا حمل المحرم على النيء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة
وارتفع التعارض • وكذا يحل نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة و[illegible]
طبخ او لم لقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم
اي حكمهما واحد لان كلا منهما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضي الى
كثيره كيفما كان وروي عن عائشة رض انها قالت كنا ننبذ لرسول الله عم في سقاء
فناخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة
فنشربه عشية وننبذه عشية فنشربه غدوة وروي عن ابن زياد قال اسقاني ابن عمر شربة
ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب
وهو محمول على المطبوخ لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب النيء وما روي من النهي عن
الخليط فيما رويناه محمول على حالة القحط والعوز كيلا يجمع بين النعمتين وجاره
محتاج الى الوحد باحديهما اماره والاباحة كانت في حالة السعة والجماع المنقول عن ابراهيم
النخعي • وكذا يحل المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي الثلث
وان اشتد لما روي عن ابي موسى رض انه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
قال البخاري رأى عمر وابو عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وشرب البراء وابو جحيفة
على النصف قال ابو قتادة سألت احمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال
لا باس به فقلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر ما احله عمر رض ولانه
لا يحصل به الفساد من الصد والقاء العداوة بشرب القليل منه بخلاف الخمر فانها حرام
لعينها فلا يشترط فيها السكر وان قل لما يدعو الى كثيرها ولا كذلك المثلث لانه لغلظه
لا يدعو الى كثيره وهو في نفسه غذاء فبقي على اصل الاباحة وهذا كله قول ابي حنيفة
وابي يوسف وفي الحد بالسكر منها اي من هذه الاشربة روايتان في رواية ان لا يجب
لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه والصحيح منهما وجوبه لان السكر لا يحصل

استلزم المفاسد فيجب الحد عليه قطعا لمادة الفساد او تقليلا لها فالحد انما شرع لذلك
ولا توقع طلاق من سكر منها اي من الحرمة والكل اي كل ما اسكر كثيره فقليله حرام من اي
نوع كان عند محمد ومالك والشافعي لقوله عم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم
من رواية ابن عمر رض وعن عائشة رض انها قالت سئل النبي عم عن البتع وهو
نبيذ العسل وكان اهل اليمن يشربونه فقال عم كل شراب اسكر فهو حرام رواه
البخاري ومسلم وعن ابي موسى رض قال قلت يا رسول الله افتنا في شرابين
نصنعهما باليمن البتع وهو من العسل ينبذ حتى يشتد والمزر وهو من الذرة و
الشعير ينبذ حتى يشتد قال وكان النبي عم قد اوتي جوامع الكلم بخواتمه فقال
كل مسكر حرام رواه البخاري ومسلم وعن ابن عمر رض ان النبي عم قال ما اسكر
كثيره فقليله حرام رواه احمد وابن ماجة وفيه من الاخبار الصحاح ما لا يعد
وهذا ما رويناه من الطلاء والانبذة على الانفراد والخليط ولان المسكر هو
القدح الاخير حقيقة فيحمل عليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير من علة ذات
اوصاف فيقتصر الحرمة عليه ونظيره الاسراف في الاكل فان الزائد على الشبع
هو الحرام لا غير وبه اي بقول محمد يفتى في زماننا حتى يحد من سكر من الانبذة
المتخذة من الحبوب والعسل ولبن الرماك والتين لان الفساق يجتمعون على هذه
الاشربة ويقصدون السكر واللهو بشربها والخلاف انما هو عند قصد التقوي
دون التلهي اما عند قصد التلهي فحرام اجماعا • وخل الخمر حلال ولو خللت بعلاج
وقال الشافعي ان خللها بالقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا
وان كان بغير القاء شيء فيها كالنقل من ظل الى شمس او ايقاد النار بالقرب منها
فلا يحل ذلك الفعل وان صار بذلك خلا فله فيه قولان له ما روي عن انس رض
ان النبي عم سئل عن الخمر يتخذ خلا فقال لا رواه مسلم واحمد وابو داود وعن انس
رض ان ابا طلحة سأل النبي عم عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا نجعلها
خلا قال لا رواه احمد وابو داود ولانا امرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب
منها على وجه التمول فلا يجوز لانه يضاد النهي ولان ما يلقى في الخمر يتنجس باول
الملاقاة وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد
فيه تنجس شيء بالملاقاة ولا اقتراب حرام ولنا قوله عم نعم الادام الخل مطلقا
فيتناول جميع صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة
الصلاح فيه من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح
مباح كالدباغ وكذا الصالح للمصالح مباح والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه
الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الحال فيختاره من
ابتلي به والنهي عنه بما روي ان يستعمل الخمر استعمال الخل مال ينتفع به

انتفاعه كالايتدام وغيره وهو نظير ما روي انه عم نهى عن تخليل الخمر وتحريم
الخلال وان يتخذ الدوابي كراسي والمراد الاستعمال وليس فيما روي دلالة على ان الخمر
لا تطهر بالتخليل ولانه تعرض لذلك اصلا وانما يوجب حرمة الفعل وهو التخليل
لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد الامر كما نهينا عن السعي عند صلاة
للعبد بدون رضاه وعن الاستنجاء باشياء كثيرة ثم اذا فعلنا ذلك حصلت الطهارة
وتنجس الشيء الملقى فيها للمجاورة فالاصالة هي ضد ظهرت بالاستحالة ولم يبق مجاورا
للنجاسة • ولا باس بالانتباذ في الدباء وهي القرعة والحنتم وهو الجرة والمزفت
وهي القير والنقير وهو اصل النخل ينقر نقرا لما روي عن بريدة رضه ان النبي عم
قال كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير ان لا تشربوا
مسكرا رواه مسلم واحمد وفي رواية نهيتكم عن الظروف وان ظرفا لا يحل شيئا ولا يحرمه
وكان الانتباذ في هذه الاوعية حراما قال ابن عمر رضه نهى رسول الله عم عن الحنتمة
ونهى عن الدباء ونهى عن النقير ونهى عن المزفت ثم نسخ بما روينا ثم ان انتبذ في
هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر فلا اشكال في حله وطهارته وان انتبذ
فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا
وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر بخلاف العتيق وعند ابي يوسف
يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف
يملأ مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير اللون او الطعم او الرائحة حكم بطهارته
• ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر وكان حراما كسائر
والانتفاع بمثله حرام ولا يحد شاربه ان لم يسكر وقال الشافعي يحد شاربه لان
الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفي الدردي قطرات منها ولنا ان وجوب الحد للزجر
والزجر يشرع فيما تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب الدردي بل تعافه و
تنفر منه وكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر بخلاف الخمر
لان النفس تميل اليها وقليلها يدعو الى الكثير ولا كذلك الدردي • ولا يجوز الانتفاع
بالخمر لان الانتفاع بالنجس حرام ولا ان يداوى به جرح ولا دبر دابة ولا يسقى ادميا
ولو صبيا للتداوي لان الانتفاع بالحرام حرام وذكر في النهاية ان الاستشفاء بالحرام
جائز اذا علم ان فيه شفاء ولم يعلم دواء اخر غيره وعزاه الى الذخيرة ولا يسقى الدواب وقيل
لا تحمل الخمر اليها فان قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب مع الميتة ولو القي الدردي
في الخل فلا باس به لانه يصير خلا لكن يحمل الخل اليه دون عكسه لما قلنا ه

كتاب الصيد

هو في اللغة الاصطياد يقال صاد يصيد صيدا ويسمى به المصيد تسمية
للمفعول بالمصدر فصار اسما لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمي ماكول كان

او غير ماكول ويستبيحه مختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون للحاجة اليه وقد يكون
لطلب الجلادة وقد يكون للتفرج وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما اولا
فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم اولا فان اصطاد فيه فكذلك وان لا
فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة وان
يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية
عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان
يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان
لا ياكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا
السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون متقويا بانيابه او بمخلبه
وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية وهو مشروع بالكتاب والسنة
والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وان ادنى مرتبة الامر الاباحة
وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام
وقوله تعالى احل لكم صيد البحر واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن
حاتم رضه اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه
وان ادركته قد قتل ولم ياكل منه فكله فان اخذ الكلب ذكاة ولم يرد احد خلافا في
اباحته فكان اجماعا ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا
كالاحتطاب ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف وهذا الاستدلال بالمعقول • وهو جائز
بالجوارح المعلمة بهيمة كانت او طائرا والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم
من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله والكلب المعلم من الكلاب ونحوه ثم عم فكل
ما دب من الجوارح وبالمحدد من سهم وغيره وحل الاصطياد بالجوارح المعلمة
والسهام المحددة للماكول كله ولما لا يؤكل لجلده وشعره • ولا بد فيه من الجرح
ليتحقق اسم الجارح ولانه لا بد من اراقة الدم كالذكاة الاختيارية وكون المرسل
او الرامي مسلما او كتابيا لان الارسال كالذبح ولا يجوز ذبح غيرهما وان لا يترك
التسمية عمدا عند الارسال لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وقوله عم
اذا ارسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل شرط التسمية لحل الاكل وكون الصيد ممتنعا
لان الصيد اسم للممتنع ولان الجرح انما جعل ذكاة ضرورة العجز عن الذكاة الاختيارية
والعجز انما يكون في الممتنع حتى لو رمى ظبيا مربوطا وهو يظن انه صيد فاصاب ظبيا اخر
لا يؤكل لان بالربط لم يبق صيدا ولو رمى بعيرا نادا فاصاب صيدا اكل لانه لما ند
صار صيدا وان لا يقعد عن طلبه بعد التواري عن بصره لان النبي عم كره
اكل الصيد غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته وان لا يشاركه الكلب المعلم
غير المعلم او من لم يحل ارساله لما روي عن عدي بن حاتم انه قال قلت يا رسول الله

اني ارسل كلبي واسمي فقال اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل فان اكل منه
فلا تاكل فانما امسك على نفسه قلت اني ارسل كلبي فاجد معه كلبا اخر لا ادري ايهما اخذه
فقال لا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وفي رواية قال النبي عم قال اذا ارسلت
كلبك فاذكر اسم الله عليه وان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تاكل
فانك لا تدري ايهما قتله رواهما البخاري ومسلم واحمد وان لا يطول وقفته بعد الارسال
لغير الكمال للصيد فانه ان طالت بعده لم يكن الاصطياد مضافا الى الارسال الا اذا
كمن للاحتيال في الاصطياد فيكون مضافا الى الارسال • ويجوز الاصطياد بكل جارح
علم من ذي ناب او مخلب وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع و
ذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان يدرك
ذكاته فيذكيه وثبت التعلم بغالب الراي او بالرجوع الى اهل الخبرة عند
ابي حنيفة وعندهما وهو رواية عن الامام يثبت في ذي الناب بترك الاكل ثلثا وفي ذي
المخلب بالاجابة اذا دعي بعد الارسال روي ذلك عن ابن عباس لان علمه يعرف بتكرار
التجارب والامتحان وهي مدة ضربت لذلك كما في قصة موسى عم وكمدة الخيار
لاختبار حال المبيع وكذا قال النبي عم اذا استاذن احدكم ثلثا فلم يؤذن له
فليرجع وقال عمر رض اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلث مرات فليتحول الى غيرها
وهذا لان الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير وادناه
قال النبي عم الثلث كثير فقدر به ولابي حنيفة ان المقادير لا تعرف بالنص لا بالاجتهاد
ولا نص هنا فيفوض الى راي المبتلى به كما هو دابه في مثله وترك الاكل قد يكون للخوف
من الضرب فلا يقع دلالة على التعلم ولان مدة التعلم تختلف بالحذاقة والبلادة
فلا يمكن معرفتها ثم اذا ترك تناوله ثلثا لا يحل الاول والثانية على قول من قدر بالثلث
وهذا ظاهر وكذا الثالث عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلث وقبله
غير معلم وقال الثالث صيد كلب جاهل فلو اكل منه البازي كلا لان تعلمه ليس بترك الاكل
او ان اكل منه الكلب او الفهد لان تعلمه بترك الاكل فاذا اكل علم انه لم يتعلم فيحرم الكلب
او الفهد او ترك البازي الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاده بعده اي بعد ما اكل بعد
تركه ثلث مرات حتى يتعلم وكذا حرم ما صاده قبله وقال مالك والشافعي في القديم يوكل
وان اكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمرو رض ان ابا ثعلبة قال يا رسول الله
ان لي كلابا مكلبة فافتني في صيدها فقال له النبي عم ان كانت لك كلاب مكلبة فكل
مما امسكن عليك الحديث الى ان قال هو النبي عم وان اكل منه قال عم وان اكل منه و
لان فعل الكلب انما صار ذكاة لتعلمه وبالاكل لا يعدم فصار كالبازي ولنا
ما روينا من حديث عدي وقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقوله عم له
انا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن عليك الا ان ياكل الكلب

فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه رواه البخاري ومسلم وعن [illegible]
عن ابن عباس قال قال النبي عم اذا ارسلت كلبك فاكل من الصيد فلا تاكل فانما امسك
على نفسه واذا ارسلته فقتل ولم ياكل فكل فانما امسك على صاحبه رواه احمد وكذا
حرم ما صاده قبله وبقي في ملكه عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث لا يحرم عندهما
الا الذي اكل منه لانا حكمنا بعلم صيده قبل ذلك بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله
ولابي حنيفة انه بالاكل علمنا جهله لان الصيد حرفة فلا تنسى فلما اكل علمنا انه لم
يكن عالما فيحرم جميع ما صاده قبل ذلك لانه صيد كلب غير معلم وثبتت الحرمة
فيما بقي من صيده لان ما اكل لم يبق محلا للحكم والاجتهاد يترك بمثله قبل حصول
المقصود وهو الاكل كاجتهاد القاضي اذا تبدل قبل القضاء ولو اكل صقر فر من صاحبه
فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فارسله فصاد لم يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما
فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد فيكون حكمه حكم الكلب فيما ذكرنا • فان شرب
الكلب من دمه او نهسه فقطع منه بضعة فرماها واتبعه اكل وان اكل تلك البضعة
بعد صيده يعني لو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل من لحمه شيئا اكل لانه ممسك
عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له وكذا
لو نهش الصيد فقطع منه بضعة والقاها واتبع الصيد فقتله ولم ياكل
منه حتى اخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فاكلها يوكل الصيد لانه لو
اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه اولى وكذا اكل لو اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد يعني لو اخذ الصائد
الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه
امسك على صاحبه وسلمه اليه واكله بعد ذلك مما القى اليه صاحبه لا يضره لانه
لم ياكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما اذا القى اليه طعاما اخر او اكل من غيره
بخلاف ما اذا خطف من صاحبه لانه لم ياكل من الصيد ولم يبق صيدا في هذه الحالة والشرط
ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما لو اكل
القطعة قبل اخذ الصيد لبقاء جهة الصيدية • وان خنقه ولم يجرحه لم يوكل
لان الجرح شرط في ظاهر الرواية وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة
انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه
الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه الخنق
وكذا لا يوكل ان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب ترك مرسله التسمية عمدا
لما روينا من حديث عدي رض ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات
بجرح الاول يكره اكله لوجود المعاونة في الاخذ وفقدها في الجرح ثم هذه الكراهية
كراهة تنزيه لان الاول لما انفرد بالجرح والاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا

واوجب معاونة عملا بحكم الكراهية دون الحرمة وقيل الكراهية تحريم وهو اختيار الحلواني
لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما اذا رده عليه المجوسي بنفسه حيث لا يحرم ولا يكره
لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة اصلا وفعل الكلب
من جنس فعل الكلب فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه لكن اشتد
على الاول فاشتد الاول على الصيد بسببه فاخذه فقتله فلا باس باكله لان فعل
الثاني اثر في الكلب الاول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر في الصيد فكان تبعا لفعله لانه
بناء عليه فلا يضاف الحكم الى التبع ● وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر حل
وبالعكس اي لو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم والمراد بالزجر الصياح به اي هيجه
فهاج بالصياح عليه فازداد في العدو وانما حل في الاول وحرم في الثاني لان الزجر دون
الارسال لكونه بناء عليه فلا ينتسخ به الارسال لان الشيء لا يرتفع الا بمثله او بما هو فوقه
ولا يرتفع بما هو دونه فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسي في الوجه الاول ولا ارسال المجوسي
بزجر المسلم في الوجه الثاني فبقي كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير بالزجر وكل من لا تجوز
ذكاته كالمحرم والمرتد والوثني وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي غير ان المحرم
يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعرض بالصيد ● وان لم يرسله احد فزجره مسلم ان
غيره فالعبرة للزجر لان الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره
عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره ● وان ارسله ولم يسم ثم زجره وسمى
فالعبرة لحالة الارسال لان الكلب به تسلط وتكلب وما بعده تقوية للارسال
وتحريض للكلب فتعتبر حالة الارسال فان صدر صحيحا لا ينقلب فاسدا وان
صدر فاسدا لا ينقلب صحيحا بالزجر ● وان ارسله على صيد فاخذ غيره حل
ما دام على سنن ارساله وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص
بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه فلا تتحول الى غيره فصار كما اذا اضجع شاة
وسمى عليها وذبح غيرها بتلك التسمية وقال ابن ابي ليلى يتعين الصيد
بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو ارسل من غير تعيين
حل ما اصابه خلافا لمالك وهذا بناء على ان التعيين شرط عند مالك وعنده
ليس بشرط ولكن اذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين
لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا نكلف ما لا يقدر عليه والذي في وسعه
ايجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه ان يعلم البازي والكلب على وجه لا ياخذ الا
ما يعينه له ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع
الى مقصوده سواء وكذا في حق الكلب لان قصده الى الاخذ كل صيد يمكن من اخذه بخلاف
ما استشهد به مالك لان التعيين في الشاة ممكن وكذا غرضه متعلق بمعين فيتعلق
التسمية هناك بالمضجع للذبح وفيما نحن فيه بالآلة وكذا لو ارسله على صيود

بتسمية واحدة حالة الارسال فاخذ كلها اكلت لان الذبح يقع بالارسال ولهذا
تشترط التسمية عنده والفعل وهو الارسال واحد فيكفيه تسمية واحدة فصار كما
اذا اضجع شاتين احديهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة بخلاف ما اذا
كان على التعاقب لان الفعل متعدد فلا بد من تعدد التسمية ● وان ارسل الفهد فكمن
حتى يستمكن من الصيد ثم اخذ فقتله حل لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لا استراحة
فلا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعد ذلك منه
من الخصال الحميدة وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك قال الحلواني للفهد خصال حميدة
ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه منها انه يكمن للصيد حتى يستمكن منه فكذا ينبغي للعاقل
ان لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه ليحصل مقصوده من
غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو
المحتاج الي فلا اذل هكذا ينبغي للعاقل ان لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها انه
لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك فكذا ينبغي
للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها انه لا يتناول الخبيث
من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب فكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب
ومنها انه يثب ثلاثا او خمسا فان لم يتمكن من اخذه تركه ويقول لا اقتل نفسي فيما اعمل
لغيري فكذا ينبغي للعاقل ان يكون كذلك ● ولو ارسله على صيد فقتله ثم اخذ آخر كان
لان الارسال قائم لم ينقطع كما لو رمى صيدا فاصاب اثنين ولو جثم على الاول طويلا ثم
مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذ لم يكن ذلك
منه للاخذ وانما هو استراحة ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد
فاخذه وقتله يؤكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين ولو ان
بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك
في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ولئن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز
تناوله الا باذن صاحبه ● واذا رمى سهمه الى الصيد وسمى اكل ما اصاب
ان جرحه لقوله عم لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان
وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله ام سهمك
رواه البخاري ومسلم وشرط الجرح لما روي عن ابرهيم عن عدي بن حاتم قال قال النبي عم
اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلا تاكل ولا تاكل من المعراض الا ما ذكيت
ولا تاكل من البندقة الا ما ذكيت رواه احمد وان تركها اي التسمية عمدا حرم اكله لان
من شرط الحل بالرمي ان لا يترك التسمية عمدا ● وان وقع السهم به فتحامل وغاب في
لم يقعد عن طلبه ثم وجده ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم ولا يحل
ان قعد عن طلبه لقوله عم لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلثة ايام وادركته

فكله ما لم ينتن رواه مسلم واحمد وروى انه عم كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي
وقال لعل هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والاول على ما اذا لم
يقعد ولانه يحتمل ان يموت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لان الموهوم في الحرمات
كالمحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان اعتباره فيه يؤدي الى سد
باب الاصطياد والحكم فيما جرحه الكلب كالحكم فيما جرحه السهم • قال رماه فوقع في ماء
او على سطح او جبل او جدار او شجر او حائط او آجرة ثم تردى فمات حرم لقوله تعالى والمتردية
ولما روينا من قوله عم لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى فان وجدته قد
قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله ام سهمك رواه
البخاري ومسلم واحمد ولقوله عم لعدي اذا رميت سهمك فكل وان وقع في الماء فلا تاكل
رواه البخاري واحمد ولانه احتمل موته بغيره اذ هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز
عنها فيحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه وكذا لو وقع على رمح منصوب او قصبة
قائمة او حرف آجرة فجرح به حيث يحرم لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله بحده
او يتردى به وهو يمكن الاحتراز عنه وان وقع على الارض ابتداء حل لانه لا يمكنه
التحرز عنه فسقط اعتباره وكذا لو وقع على صخرة او آجرة فاستقر ولم يتردى حيث
يحل لانه لو وقع عليها كوقوعه على الارض ابتداء وان وقع في الماء فمات حرم لما روينا
• وان كان الطير المرمي مائيا فوقع فيه فان انغمس جرحه فيه حرم لاحتمال الموت
به دون الرمي لان تشرب الجرح الماء سبب لزيادة الالم فصار كما اذا اصابه السهم
والا اي ان لم ينغمس جرحه في الماء حل • ويحرم ما قتله المعراض بعرضه والبندقة
ولم يجرحه لما روينا من حديث ابرهيم ولما روى ان عدي بن حاتم قال للنبي عم اني ارمي
الصيد بالمعراض فاصيب فقال عم اذا رميت بالمعراض فجرح فكل وان اصابه بعرضه
فلا تاكل رواه البخاري ومسلم واحمد ولما روي انه عم نهى عن الخذف وقال انها لا تصيد
صيدا ولكنها تكسر السن وتفقأ العين رواه البخاري ومسلم واحمد ولان الجرح لا بد منه لما بيناه
والبندقة لا تجرح وكذا عرض المعراض وان اصابه بحجر وجرحه بحده فان ثقيلا لا يوكل
وان جرح لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة وجرح اكل لتعين
الموت بالجرح وان لم يجرحه لا يوكل مطلقا اي سواء كان ثقيلا او خفيفا لعدم الجرح
وهو الشرط ولو رماه بسيف او سكين فاصابه ظهره او مقبضه فقتله لا يوكل لانه
وقذ لا جرح والاصل في جنس هذه المسائل ان الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل
وان حصل بالثقل او شك فيه لا يحل حتما او احتياطا وان جرحه فمات وكان الجرح
مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا فيه قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة
وهو اخراج الدم النجس وقيل يحل لاتيانه ما في وسعه وهو الجرح واخراج الدم
ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ

بالعروق وكل ذلك ليس في وسعه • وشرط في الجرح الادماء لما ذكرنا ولقوله
عم انهر الدم بما شئت رواه احمد وابو داود وقيل لا يشترط لما ذكرناه وقيل ان كان
الجرح كبيرا لا يشترط فيحل بدون الادماء لان الدم انما لا يخرج منه لعدمه وان
كان الجرح صغيرا يشترط فلا يحل الا بالادماء لان الدم لا بد ان يخرج منه لضيق
مخرجه وان لم يخرج كان التقصير منه فلو ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل
الاكل وقيل لا يحل فالاول قول ابي بكر الاسكاف والثاني قول اسمعيل الصفار ووجه القولين
دخل فيما ذكرناه • وان اصاب السهم ظلفه او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد قول
من يشترط خروج الدم • وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد دون العضو وقال
الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان بذكاة الاختيار
بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عم ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها
فهو ميتة رواه ابن ماجه ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان منه بهذه
الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه
الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحيوة حتى لو وقع في الماء وفيه قدر هذا من الحيوة
يحرم بخلاف ما اذا ابين بذكاة الاختيار لان المبان منه ميتة حكما الا ترى انه لو وقع في هذه
الحالة في الماء او تردى من الجبل لا يحرم لان موته قد حصل بالابانة حكما فلا يضاف الى غيره و
ان كان حصل ذلك حقيقة • وان قطعه ولم يبنه فان احتمل التيامه اكل العضو ايضا
لانه بمنزلة سائر اجزائه وان لا اي ان لم يحتمل التيامه بان بقي متعلقا بجلده فلا يوكل ذلك
العضو لوجود الابانة معنى ويوكل ما سواه • وان قده نصفين او اثلاثا والاكثر مما يلي
العجز اكل الكل لان المبان منه ميت حكما اذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد
هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فحل الكل كما اذا ابين راسه في الذكاة الاختيارية وكذا لو
قطع نصف راسه او اكثر يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم
بقاء الحيوة بعد هذا الجرح • واذا ادرك الصيد حيا حيوة فوق حيوة المذبوح
فلا بد من ذكاته لقوله عم اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه وان امسك
عليك فادركته حيا فاذبحه رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه قدر على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل
وان تركها اي الذكاة متمكنا منها حرم لان حيوته لما كانت اقوى مما المذبوح كانت ذكاته
واجبة فاذا تركت حرم وكذا حرم لو تركها غير متمكن منها في ظاهر الرواية اما لفقد
الالة او لضيق الوقت وفيه من الحيوة فوق حيوة المذبوح وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه يحل اذا لم يقدر على الذكاة حقيقة فصار كالمتيمم اذا وجد الماء ولم يقدر على استعماله
وجه الظاهر انه لما قدر عليه وبه حيوة لم يبق صيدا فلا يحل الا بالذكاة الاختيارية
هذا اذا كان بحال يتوهم حيوته وان لم يبق من حيوته الا مثل حيوة المذبوح وهو

ما لا يتوهم بقاؤه فلم يدركه حيا وقيل عند الامام ابي حنيفة لا يؤكل حتى يذكيه لانه
اخذه حيا فان ذكاه حل بالاجماع قال الله تعالى الا ما ذكيتم من غير فصل وكذا ان ذكى
المتردية والنطيحة والموقوذة والتي بقر الذئب بطنها وفيه حيوة خفية او بادية
حل لما تلونا وعليه الفتوى وعند ابي يوسف ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه
لم يكن موته بالذبح وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا فلا لانه
لا معتبر بهذه الحيوة ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم
يوكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه الا لان اليد لم تثبت به و
التمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة
وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاة الذبح وقد
وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح • ومن رمى صيدا فاثخنه واخرجه عن حيز
الامتناع ثم رماه اخر فقتله حرم لانه بالاثخان صارت ذكاته اختيارية وصار
بالجرح الثاني ميتة وهذا اذا كان بحال ينجو من الرمية الاولى ليكون موته مضافا
الى الثانية وان كان بحال لا يسلم من الاولى بان قطع راسه او بقر بطنه ونحوه
حل لان وجود الثانية كعدمها وضمن الثاني قيمته مجروحا للاول لانه اتلف عليه
صيدا مملوكا لانه ملكه حيث اثخنه واخرجه عن حيز الامتناع وان لم يثخنه الاول فالصيد
وهو للثاني لانه هو الذي اخذه قال النبي عم الصيد لمن اخذه • ومن ارسل
كلبا على صيد فادركه فضربه فصرعه ثم ضربه فقتله اكل وكذا لو ارسل كلبين
فصرعه احدهما وقتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يمكن تحت
التعليم فجعل عفوا ما لم يكن ارسالا لاحدهما بعدما اثخنه الاول • ولو ارسل رجلان
كل منهما كلبه فصرعه احدهما وقتله الاخر حل اذا كان ارسال الثاني قبل ان يثخنه
الاول لما بينا وهو اي الصيد للاول ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه
عن حد الصيدية فملكه به ولا يحرم بجرح الثاني بعد ما اثخنه الاول لان ارسال
الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل ان يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال
لقدرته على الامتناع ولو ارسل الثاني بعد صرع الاول حرم لعدم قدرته على
الامتناع وضمن الثاني قيمة الصيد مجروحا مالكه الاول لما قلنا في الرمي • ومن سمع حسا
فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه فاذا هو صيد اكل لانه لا اعتبار بظنه مع كونه صيدا
حقيقة وكذا لو ظنه حس صيد فتبين كذلك لانه صيد وقد قصده فيحل ولو تبين انه حس
ادمي او حيوان اهلي مما ياوي البيوت لم يؤكل المصاب لانه ليس بصيد وفي المنتقى لو سمع
حسا بالليل فظن انه انسان او دابة او حية فرماه فاذا ذلك الذي سمع حسه صيد فاصاب
سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه او اصاب صيدا اخر فقتله لا يؤكل لانه رماه
وهو لا يريد الصيد ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد

وان يكون الذي اراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان مما يؤكل او لا

كتاب الرهن

هو في اللغة جعل الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وفي الشرع حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه
منه كالدين فقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه
من الرهن لعدم تعينه واما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها الا
اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد
لان الموجب الاصلي فيها المثل والقيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور
هو دين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته ويمنع وجوب الزكوة على من هو في
يده في ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام والرهن
مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فرهان مقبوضة
واما السنة فما روي عن عائشة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من
يهودي الى اجل ورهنه درعا من حديد رواه مسلم والبخاري وقد انعقد الاجماع عليه
ولانه وثيقة في جانب الاستيفاء فيجوز كما يجوز الوثيقة في جانب الوجوب وهي
الكفالة والحوالة والجامع ان الحاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين فان المديون
قلما يجد من يداينه بلا رهن والدائن يامن بالرهن من التوى بالجحود او باستيلاء المديون
في ماله بحيث لم يبق منه شيء او بمحاصصة غيره من الغرماء فكان فيه نفع لهما
كما في الحوالة والكفالة فشرع • وينعقد بايجاب وقبول ويتم بالقبض محوزا
اي مجموعا احترازا عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه
مفرغا عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع
ورهن دار فيها متاع الراهن مميزا احترازا عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار
والتخلية فيه وفي البيع قبض اي رفع الموانع من القبض في ما ان يحل فيه حكم قبض المرتهن
حتى لو وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم ياخذ ضاع من المرتهن وانما يكتفى بالتخلية
لانها هي غاية ما يقدر عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف ان الرهن في المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب
للضمان ابتداء اذ لم يكن الرهن مضمونا على احد قبل ذلك فلا يثبت الا بالقبض حقيقة
كالغصب بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل للضمان من البائع الى المشتري فان
المبيع قبل التسليم مضمون على البائع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشتري بالقبض
والاول اصح لما ذكرنا والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فلا حاجة
الى ثبوته بدون قبضه حقيقة وهو النقل ولكن للراهن ان يرجع عنه قبل القبض
لانه تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلمه كالهبة والصدقة فاذا قبض لزم

وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وهما اى القيمة والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر من دينه فالزائد امانة وان كان الدين اكثر من قيمته سقط منه قدر القيمة وطلب المرتهن الباقي وقال الشافعي الرهن كله امانة في يد المرتهن لا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عم لا يغلق الرهن عن صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطني معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه اى للراهن زوائده وعليه غرمه اى لو هلك كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة بالدين فلا يسقط الدين بهلاكه اعتبارا بهلاك الصك والشهود وبهلاك الوثيقة في جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان الوثيقة تزداد بها معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار امانة ضرورة الا ترى ان ما زاد على قدر الدين امانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله عم للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز ان يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج فيه الى البيان لانه عم بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق ولان الحق ذكر معرفا بالاضافة فيصرف الى المذكور اولا وقوله عم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا ادرى كم كانت قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين ولاجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فذهب عمر رض انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه اخذ اصحابنا وعن علي رض انه قال يترادان الفضل وقال الحسن هذا محمول على ما اذا بقاء الرهن لا استوفى المرتهن يرد عليه الفضل وقد روى عن محمد بن الحنفية عن علي رض مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته او كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الاخر بعد هلاكه بشيء مطلقا وهذا اتفاق السلف على ثلثة اقاويل واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز وقوله عم لصاحبه غنمه وعليه غرمه قلنا يحتمل ان يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال للمضارب صاحب المال وعن ابي يوسف في تفسير الحديث ان الفضل في قيمة الرهن لرب الرهن فلا يكون مضمونا ولا يغلق وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالنقصان وعن ابي عبيدة انهما بمعنى واحد يقول رجع الدين الى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فاذا كان الحديث ماولا لا يلزمه حجة ومعنى قوله عم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له وحاصله ان حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وجعله اولى به وتقديمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها

منها ان الرهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع ومنها ان حكم الرهن يسرى الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسرى لان الولد الحادث بعد الاستيفاء في حقيقة الاستيفاء يكون للمستوفي فكذا في الاستيفاء الحكمي وعنده لما كان حكم الرهن تعينه للبيع فتعين عن البيع لا يوجب تعين عين اخرى له ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن وهو الحبس الدائم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه ثم كيفية الضمان ما ذكر في المتن وقال زفر الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كانت قيمته اكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل لقول علي رض يترادان الفضل في الرهن والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك ولان الزيادة على الرهن مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة كما في قدر الدين ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد استيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفي كما في حقيقة الاستيفاء بان اوفاه دراهم في كيس اكثر من حقه يكون مضمونا عليه بقدر الدين والفضل امانة والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد في المروى عن علي رض حالة البيع فانه روى عنه انه قال ان المرتهن امين في الفضل وروى ابن الحنفية عنه انه مثل مذهبنا فلم يبق له فيه حجة • وتعتبر قيمته يوم قبضه لانه يومئذ دخل في ضمانه وفيه يثبت الاستيفاء يدا ثم يتقرر بالهلاك وبهلاك على ملك الراهن وكفنه عليه لانه ملكه حقيقة وهو امانة في يد المرتهن حتى لو اشتراه لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان • وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن عنده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة ولا يمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في القضاء • وله ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده حتى يقبض دينه الا ان يبرئه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا باعتبار الحبس والدين فاذا فات احدهما لم يبق رهنا • وليس عليه ان كان الرهن في يده ان يمكن الراهن من بيعه للايفاء لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضي الدين لا القضاء من ثمنه • وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن ولا اجارته ولا اعارته لان الرهن يقتضي الحبس الى ان يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز له الانتفاع الا بتسليط منه ويصير متعديا اى بالانتفاع متعديا ولا يبطل به اى بالتعدى الرهن • واذا طلب المرتهن دينه امر باحضار الرهن اولا ليعلم انه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض

بماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك
في يد المرتهن وهو يحتمل فاذا احضره اي اذا احضر المرتهن الرهن امر الراهن بتسليم
كل دينه اولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية
بينهما ثم المرتهن بتسليم الرهن كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري
الثمن اولا لما ذكرنا وكذا المطالبة بالدين في غير بلد العقد ولم يكن للرهن حمل ومؤنة لان
الاماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء
فيه في باب السلم بالاجماع فان كان له حمل ومؤنة فله ان يستوفي دينه بلا احضار الرهن
لانه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر لم يلتزمه
في العقد وكذا ان كان الرهن وضع عند عدل بامر المرتهن ثم جاء المرتهن يطلب دينه
لا يكلف باحضاره لانه لا يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته
وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقر
بالوديعة من العدل ويقول لا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن
ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا اذا غاب العدل ولا يدرى اين هو يجبر على ما ذكرنا
بعد الزيادة ودعوى العدل الرهن بان قال هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء
حتى يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق الاستيفاء فلا يملك
المطالبة به ولا باحضار ثمن رهن باعه المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه لانه صار
دينا بالامر ببيع الرهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولا احضره يكلف
احضاره لقيام البدل مقام المبدل منه ولا ان قضى بعض حقه بتسليم حصته
حتى يقبض الباقي من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس
المبيع ● وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده الذي في عياله
وخادمه الذي استاجره مشاهرة او مسانهة وهو في عياله لان عين الرهن
امانة في يده فصار كالوديعة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى
ان المراة لو دفعت الى زوجها لا تضمن فان حفظه بغيرهم او اودعه ضمن كل قيمته
لان عينه وديعة والوديعة تضمن بهذه الاشياء وكذا ان تعدى فيه باللبس
او الركوب او السكنى او الاستخدام اذ هو غير ماذون به من جهة المالك ه
او جعل الخاتم في خنصره ضمن لانه استعمل الرهن فصار متعديا به واليمنى واليسرى
في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا على حاله
فان جعله في اصبع غيرها كان رهنا على حاله فلا يضمن لانه لا يلبس كذلك عادة فكان
من باب الحفظ لا من باب الاستعمال بغير اذن المالك الا اذا كان المرتهن امراة فيضمن لان النساء
تلبس كذلك فيكون من باب الاستعمال وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان
وضعه على عاتقه لا يضمنه ولو رهنه سيفين فتقلدهما ضمن وفي الثلثة لا يضمن

لان العادة جرت بان الشجعان يتقلدون السيفين في الحرب دون الثلثة ولو رهنه
خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا
لانه حافظ ● وعليه اي على المرتهن مؤنة حفظه ورده الى يده اي الى يد المرتهن
او رد جزئه كمداواة الجرح كاجرة بيت حفظه وحافظه لان الامساك حق له والحفظ
واجب عليه فيكون مؤنته عليه وعن ابي يوسف ان اجرة الماوى على الراهن بمنزلة
النفقة لانه سعي في تبقيته واما جعل الابق والمداواة والفداء من الجناية
فينقسم على المضمون والامانة بحيث على المرتهن مؤنة الحفظ كاجرة الحفظ واجر
الحافظ وكذا مؤنة رده اي الرهن الى يد المرتهن ان خرج من يده كجعل الابق فعلى المرتهن اذا
كان قيمة الرهن مثل الدين وكذا مؤنة رد جزء من الرهن الى يد المرتهن كمداواة
الجرح اذا كان قيمته مثل الدين اما اذا كان قيمته اكثر فينقسم على المضمون والامانة
فما هو مضمون فعلى المرتهن وما هو امانة فعلى الراهن ● ومؤنة تبقيته واصلاحه
على الراهن كالنفقة والكسوة واجرة الراعي واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان
وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان
العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه
لانه مؤنة ملكه كما في الوديعة ● وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه الاخر
تبرع كما اذا قضى دين غيره بغير امره وان اداه بامر القاضي وجعله دينا على
الاخر يرجع به ويجوز امر القاضي من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه
وعن الامام ابي حنيفة انه لا يرجع عليه ايضا ان كان صاحبه حاضرا وان
كان بامر القاضي لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي فيامر صاحبه بذلك
وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر لان القاضي لا يلي على الحاضر
ولا ينفذ امره عليه لانه لو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه وهو لا يملك حجره
عنده وعند ابي يوسف يملك فينفذ امره عليه

باب ما يجوز ارتهانه

والرهن به وما لا يجوز ● لا يصح رهن المشاع وقال الشافعي يجوز لان موجبه
عنده استحقاق بيعه وتعيينه له والمشاع لا يمنع ذلك ولو كان استيفاء
فالاستيفاء الحقيقي لا يمنع الشيوع فكذا الحكمي ولنا ان موجبه ثبوت يد
الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق من الوجه
الذي بينا وذلك لا يحصل الا بثبوت اليد عليه وهذا شرط في المحل ان يكون محلا
بخلاف حقيقة الاستيفاء لان موجبها ملك العين المستوفاة فقط لا الحبس والملك
متصور في المشاع ولا يتصور الحبس الدائم فيه لانه يبطل بالمهاياة فصير كانه
رهنه يوما ويوما لا فلا يجوز وان مما لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة حيث يجوز فيما

لا يحتمل القسمة لان موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما منعه للزوم غرامة
القسمة وذلك فيما يقسم لا غير ومن الشريك لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور
ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كانه رهن يوما ويوما لا
بخلاف الاجارة حيث تجوز في المشاع من شريكه لان حكمها التمكن من الانتفاع والحبس
والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك ولو طرا فيه الشيوع فسد في
رواية الاصل خلافا لابي يوسف حيث لا يمنع عنده لان حكم البقاء اسهل من
الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفي مثله تستوي
الابتداء والبقاء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان الشياع لا يمنع حكمها
وهو الملك والمنع في الابتداء لنفي الغرامة ولا حاجة الى اعتباره حالة البقاء ولهذا
يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون • ولا رهن الثمر على النخل
دون النخل ولا الزرع في الارض دونها ولا النخل والارض مشغولين بالثمر والزرع
لان المتعين شرط في الرهن ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى المشاع
وعن ابي حنيفة ان رهن الارض دون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء
للاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيكون
الارض جميعها رهنا وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن الشجر بمواضعها او الزرع بما
فيها جاز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل في رهن الارض النخيل والثمر على
النخيل والزرع والرطبة والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد
بخلاف البيع حيث لا يدخل هذه الاشياء في بيع الارض سوى النخيل بدون هذه الاشياء
جائزة فلا حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل
في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي
عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل بخلاف رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفع اليه
لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء • ولا يجوز
رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا استيفاء
من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر • ولا يجوز الرهن بالامانات كالودائع
والعارية والمضاربة ومال الشركة لان قبض الرهن مضمون بما رهن به لكونه
استيفاء لا بنفسه فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا به ويتحقق
استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من الرهن
لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصار كالعبد الجاني والعبد
المأذون له في التجارة والشفعة فان الرهن بها لا يجوز فان العبد غير مضمون على
المولى والشفعة غير مضمونة على المشتري ولا بالدرك لان الرهن استيفاء ولا استيفاء

لان بيع الارض صح

قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فاذا استحق تجب على
البائع رد الثمن وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن وينفسخ البيع لاحتمال ان يجيز
المستحق البيع ولا بما هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن
حتى اذا هلك ذهب بالثمن ولا يجب على البائع شيء ولا بالكفالة بالنفس في الحدود
ولا بالقصاص في النفس وما دونها لان استيفاء المكفول به غير ممكن ولان المكفول
به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء ولا بالشفعة لان المبيع غير
مضمون على المشتري ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو هلك الرهن لم يكن
مضمونا اذ لا يقابله شيء مضمون ولا بالعبد الجاني او المديون لانه غير مضمون
على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء • ولا يجوز للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها
من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ولا يضمن له مرتهنها
ولو ذميا ويضمنها هو لو ارتهنها من ذمي لانها مال في حقهم • ويصح الرهن
بالدين ولو موعودا بان رهن ليقرضه كذا فلو هلك في يد المرتهن لزمه
ما وعد له مثل قيمته او اقل لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل
جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب لا يتلوه
من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنيا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي
يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه
بالاقل مما سمي ومن قيمة الرهن اذا سمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بان رهنه على
ان يعطيه شيئا فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن للراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا
شيئا فيكون بيانه اليه كالاقرار بذلك بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على
القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر
بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى
المعلى عن ابي يوسف انه يجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض
على سوم الشراء ثم وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة
حتى لو ادعى على رجل دينا الف درهم فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على انكار
واعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين
عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد في الجامع
وكذا لو اشترى عبدا ورهن بالثمن فهلك الرهن ثم ظهر ان العبد حر او مستحق يجب
على البائع ان يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لان الدين كان ثابتا ظاهرا
فيترتب عليه احكامه لان الاحكام الشرعية تبتني على الظاهر وكذا لو اشترى عبدا
او شاة ذكية او خلا فرهنه بثمنه ثوبا ثم ظهر ان العبد حر والشاة ميتة او الخل خمر
كان الرهن مضمونا • ويصح الرهن ايضا براس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه

وقال زفر لا يصح الرهن بهذه الاشياء لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال لاختلاف
الجنس ولا يستبدل الاحرام في بدل الصرف والسلم ولنا انه استيفاء من الوجه الذي بينا وهو
المتصور بالرهن وانما يصير مستوفيا المالية لا بالعين ولهذا يكون عينه امانة في يده حتى
تجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على المرتهن وهما من
حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة فان هلك في مجلس العقد فقد استوفى حكما
لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه وان افترقا قبل النقد والهلاك
بطل العقد اي عقد الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل
الصرف او براس مال السلم والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله وهو راس المال اذا فسخ عقد السلم
فيحبس الرهن براس مال السلم وهلاكه اي هلاك رهنه بعد الفسخ هلاك بالاصل اي
بالمسلم فيه حتى يجب عليه رد مثل المسلم فيه ليقبض راس المال لانه رهنه به وان كان
محبوسا بغيره وهو راس المال ● ويصح الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها اي بالمثل
او القيمة كالمغصوبة والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد حيث يصح الرهن بها لان
الموجب فيها مقرر اذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما هو عليه الجمهور وللقيمة شبهة
الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهنا بما تقرر وجوبه او سببه ويبدل الصلح عن
انكار وان اقر المدعي بعدم الدين اي صالح عن انكار ورهن ببدل الصلح شيئا تصادقا
على ان لا دين فالرهن مضمون لان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا اشتراط
وجوبه حقيقة ● ولو رهن الاب لابنه عبد طفله جاز لانه يملك الايداع وهذا
انظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة الغرامة وكذا الوصي فان
هلك لزمهما مثل ما سقط به من دينهما وعن ابي يوسف وزفر ان الاب والوصي لا يملكان
ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما ولا يملكانه كالايفاء وجه الاستحسان وهو الظاهر
ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن نصب حافظ
لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا
دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصي موفيا له به ويضمنان ذلك القدر
للصغير وذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر
من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولا
كذلك الوصي وذكر في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم وعلى لا يضمنان الفضل لانه
امانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع ● ولو رهنه الاب من نفسه اي
من ابن له صغير له او من عبد تاجر له لا دين عليه صح لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين
واقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه بخلاف الوصي حيث
لا يجوز له ان يفعل ذلك لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد
في الرهن كما في البيع وكذا ذلك في الاب لما ذكرنا وليس الوصي كالاب فان شفقته قاصرة

فلا تعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه
فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لانه
اجنبي عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم
فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن
الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة
باشرها او رهن اليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله
فلا يجد بدا من الرهن لانه ايفاء واستيفاء وان استدان الوصي لليتيم في كسوته
او طعامه ورهن به متاعه صح لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء
للحق فيجوز وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك ما لم يقض الدين لان
تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على
الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال
الاب لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع بماله فاشبه معير الرهن وكذلك لو
اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب مال الصغير
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين ثم حكمه في حصة
دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الاب وكذلك الوصي والجد ابو الاب ولو
رهن الوصي متاع اليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره
لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد
البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير ولا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن
في يد الوصي لا يسقط من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد
والوصي هو الذي يطالب به على ما كان فلو استعاره الوصي لحاجة نفسه
ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو
غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن
قيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال
في حاجة نفسه فيقضي بالضمان الدين ان كان قد حل فان فضل شيء كان لليتيم
لانه بدل ملكه وان لم يحل فالدين يقضى من مال اليتيم لان الدين عليه وانما يضمن الوصي بقدر
ما تعدى فيه وان كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل كان على ما ذكرنا ولو غصبه
واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله في حاجة
الصغير ليس بتعد وكذا اذا اخذه لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا لو ان
الاب او الوصي غصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه مال اليتيم لان له
ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه المرتهن وياخذ بدينه ان كان قد حل ويرجع
الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له فان كان لم يحل يكون

رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ به و يرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا •
ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر حرا او بثمن خل فظهر خمرا او بثمن ذكية فظهرت
ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا • وجاز رهن الذهب والفضة
وكل مكيل وموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها
فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس
في الاموال الربوية وهذا على اصل ابي حنيفة فانه يصير مستوفيا عنده
اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته او كثرت وعندهما هلكت بقيمتها من خلاف
وزنه فيضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنا مكان الهالك بيانه ان عندهما ان لم يكن
في اعتبار الوزن اضرار باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه هلك بالدين وان كان
فيه اضرار باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته
من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك
بالضمان لانه لو اعتبر الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة او رداءة واسقط القيمة
فيه اضر باحدهما ولو اعتبر القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها ادى الى الربوا فعدلنا الى
ما ذكرنا وابو حنيفة يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية و
استيفاء الردي بالجيد او العكس جائز عند التراضي به هنا وهنا يحتاج الى نقضه ولا
يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالبة ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر
التضمين لتعذر النقض • وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة
فضاع فهو بما فيه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين
بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل
الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا وان كانت اقل من
الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر
بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس
لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال
الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به
وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه بايجاب الضمان لانه
لا بد له من مطالِب ومطالَب وكذا هذه فرجحنا ما اذا استوفى الزيوف مكان
الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور
لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف والفرق لمحمد ان قبض الزيوف
يستوفى عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن يستوفى
من محل اخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق
في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف

لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه
بالجودة وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن
والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله
بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا
صار بمنزلة الهلاك والهلاك انما يتحقق مضمونا بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في
معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة
ثم يتم المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان
التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه
ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده
وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر واما عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار
بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت
قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهنا
لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله
مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التبع امانة وعند ابي يوسف
يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه
يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده
تعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر
وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي
تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها معا فامكن اعتبارها
وفي بيان قول محمد نوع طول تعرف في موضعه من المطولات مع جميع شعبها فلم نجمع
• ومن شرى على ان يعطي بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح استحسانا
والقياس ان لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باعه شيئا على ان يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة في صفقة وهو منهي
عنه وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة
والاستيثاق يلائم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقيل اعتبر فيه المعنى
هو الملائمة صح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى
افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل
غائبا فحضر في المجلس فقبل صح وكذا اذا لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في
المجلس او نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز فان امتنع المشتري عن اعطائه

اي عن تسليم الرهن لا يجبر على تسليمه وقال زفر يجبر عليه لانه صار بالشرط
حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن ولنا ان عقد الرهن تبرع
ولا جبر على المتبرع كالواهب غير ان البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن
وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وفواته يوجب الخيار كسلامة
المبيع عن العيب في البيع وهو المراد بقوله وللبايع فسخ البيع الا ان يدفع
المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود
من الرهن المشروط يحصل بقيمته • ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبايع امسك
هذا حتى اعطيك الثمن فهو رهن وعند ابي يوسف وديعة لان قوله امسك
يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال
امسكه بدينك او بمالك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه اتى
بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني
حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة الا ترى انه
لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال بعتك بكذا
ولا فرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشترى او لم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد
القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه
محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة
اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو
كان المبيع شيئا يفسد بالمكث كاللحم والجمد فابطا المشتري وخاف البايع عليه التلف
جاز للبايع ان يبيعه ووسع المشتري ان يشتريه ويتصدق البايع بالزائد ان باعه
بازيد من الثمن الاول لان فيه شبهة • ولو رهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما
بقضاء حصته كالبيع لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء
من اجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على الايفاء فصار كالمبيع في
يد البايع فان سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية
الاصل لان العقد متحد ولا يتفرق بتفرق التسمية كالبيع وفي الزيادات له ان يقبض
احدهما اذا ادى ما سمى له لان التعدد ثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان
العقد فيه لا يكون شرط الصحة الا ترى انه لو قبل في احدهما صح
بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن هذا لو قبل البيع في احدهما
دون الآخر بطل البيع في الكل لان البايع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لان
العادة قد جرت بضم الرديء الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك
الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق وهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح
• ولو رهن عينا عند رجلين صح سواء كانا شريكين في الدين او لم يكونا شريكين

وكلها رهن لكل منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شائعا
باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق في استحقاق الحبس وهذا لان الرهن
لا ينقسم الى اجزاء الدين بل يكون كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من اجزائه فكذا
هنا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما
فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة لان العين بينهما
عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فتثبت الشيوع ضرورة
والمضمون على كل حصته دينه لان كل واحد منهما يصير مستوفيا اذ ليس احدهما
باولى من الآخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزي فان تهايآ في
حفظها فكل في نوبته كالعدل في حق الآخر وهذا اذا كان مما لا يتجزى فظاهر
وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى
الآخر وجب ان يضمن الدافع عند ابي حنيفة خلافا لهما واصل المسألة المودعان
فيما اذا اودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع احدهما كله الى الآخر فان الدافع
يضمن عنده خلافا لهما فان قضى دين احدهما فكلها رهن عند الآخر لان كله
محبوس بكل جزء من اجزاء الدين فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين
باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع اذا ادى احد المشتريين حصته او مشتر
واحد ادى حصة بعض المبيع • ولو رهن اثنان من واحد صح والرهن رهن بكل
الدين وله اي للمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع حقه منهما لان قبض الرهن
يحصل في الكل من غير شيوع فصار نظير البايع وهما نظير المشتريين • ولو
ادعى كل من اثنين ان هذا رهن هذا الشيء منه وقبضه وبرهنا عليه بطل برهانهما
لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل ذلك الشيء ولا يتصور ذلك لان الشيء
الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة فيمتنع
القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يؤدي
الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه
معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدي الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة
لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى ملك كل الشيء بالاستيفاء وبالقضاء
يثبت حبس يكون وسيلة الى ملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان
العمل بالقياس اولى لقوة اثره المستتر وهو ان كل واحد منهما يثبت الحق ببينته على حدة و
لم يرض بمزاحمة الآخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا
اثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز • ولو ادعى كل منهما
بعد موت الراهن على ما وصفناه فبرهن قبلت اي برهانهما وكل يكون الرهن

مع كل نصفه رهنا بجملته وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته و انه باطل بالشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشايع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشايع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امرأة او ادعت اختان او خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تهاترتا في حالة الحيوة وقبلناها بعد الممات لان حكمها في حالة الحيوة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد الممات ثبوت ملك المال الارث وهو يقبل الشركة والانقسام

باب الرهن يوضع عند عدل

• ولو اتفقا اي الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل صح وتم بقبض العدل وقال زفر وابن ابي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه اذا استحق الرهن بعد الهلاك ويضمن ما ضمن العدل قيمته ما اصح لمستحق فانعدم القبض ولنا ان يده يد المالك في الحفظ لكون العين امانة وفي المالية يد المرتهن لان هذه يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين تحقيقا لما قصداه لان كلا منهما امره صار في يد كليهما ولهذا لا يملك احدهما ان ياخذه منه على الخصوص ولو كانت بيد احدهما على الخصوص كان له ان يسترده منه وليس لاحدهما اخذه منه بلا رضى الاخر لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق بالحفظ بيده وامانته وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما ابطال حق الاخر ويضمن العدل بدفعه الى احدهما لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي وهلاكه في يده اي في يد العدل على المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة • قال وكل الراهن العدل او المرتهن او غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح لان الراهن مالك فله ان يوكل من شاء من اهل بيع ماله معلقا ومنجزا لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق المالك وبالتسلط على بيعه اسقطه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط ولو وكل ببيعه صغيرا لا يعقل فباع بعد ما بلغ لا يصح عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يصح لقدرته عليه وقت الامساك وهو يقول ان امره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا • فان شرطت الوكالة في عقد الرهن لم ينعزل بالعزل ولا بموت الراهن والمرتهن لان الوكالة اذا شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انها لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار كالوكالة

بالخصومة بطلب المدعي • وله بيعه بغيبة ورثته اي يجوز للوكيل بيع الرهن بغيبة ورثة الراهن كما كان له في حال حيوته ان يبيعه بغير حضرته • وتبطل الوكالة بموت الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف انه ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة هنا فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار عروضا قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الارث يجري في حق له لا في حق عليه وموجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فيقوم الوصي مقامه فيه ولان المضارب له ولاية التوكيل في حيوته فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حيوته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ولو اوصى الى رجل ببيعه لم يصح الا اذا كان مشروطا له في الوكالة لانه لازم بوصفه • ولو وكله بالبيع مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسيئة فلو نهاه بعده عن بيعه نسيئة لا يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي بكون الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بها ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث يبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف في موضعه وهذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه منها فيما ذكرنا ومنها ان الوكيل هنا اذا امتنع عن البيع يجبر عليه ومنها ان هذا يبيع الولد والارش ومنها انه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين ومنها ان الرهن اذا كان عبدا و قتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل ان يبيعه بخلاف الوكالة المفردة في جميع ما ذكرنا وانما لا ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان اجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهو اذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره اولى ان لا ينعزل • ولا يبيعه الراهن ولا المرتهن بلا رضى الاخر لان كل واحد منهما له حق فيه اما الراهن فملكه فلا يبرح من رضاه واما المرتهن فلانه احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع • فان حل الاجل والراهن غائب اجبر الوكيل على بيعه كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها عند غيبة موكله لان الوكالة بالشرط في عقد الرهن صار وصفا من اوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفي الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما في الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله و كيفية الاجبار ان يحبسه القاضي ايام البيع فان لج بعد الحبس اياما فالقاضي يبيعه عليه لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا ولان بيع الرهن صار حقا للمرتهن ثم اذا اجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على قضاء الدين

بأي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار لخصمه وبمثله
لا يكون مكرها فلا يفسد اختياره به وكذا يجبر لو شرطت بعد عقد الرهن في الاصح كيلا يتوى
حقه فان باعه العدل فثمنه رهن مقامه وهلاكه كهلاكه فان اوفاه المرتهن فاستحق
الرهن وكان هالكا فالمستحق ان يضمن الراهن لانه غاصب في حقه بالاخذ والتسليم
ويصح البيع والقبض لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين
انه امره ببيع ملك نفسه او يضمن المستحق العدل وهو البايع لان العدل ملكه
باداء الضمان ثم العدل ان شاء ضمن الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته فيصح اي البيع والقبض لان الراهن
لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملك باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملكه وصح اقتضاء
المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه او العدل ان شاء ضمن المرتهن ثمنه لانه تبين ان
الثمن اخذه بغير حق لان العدل ملك الرهن باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل
الى الراهن على تقدير ان لا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه وهو اي الثمن يكون للمرتهن
لانه بدل ملكه وانما اداه الى المرتهن على حسبان ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه
لم يكن راضيا به وبطل القبض فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وان كان الرهن قائما في يد
المشتري اخذه المستحق من يده لانه وجد عين ماله ورجع المشتري على العدل بثمنه
لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشتري
اليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري يرجع هو اي العدل على الراهن
به اي بالثمن لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه
صح القبض اي قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن من الدين او يرجع العدل على
المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده
وينتقض قبضه ضرورة ثم المرتهن اذا دفعه الى العدل يرجع على الراهن بدينه لانه
عاد حقه في الدين عليه ولو ان المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل
به لان العدل في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيئا فبقي
ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله وان لم يكن التوكيل مشروطا
في الرهن يرجع العدل بما لحق به من العهدة على الراهن فقط قبض المرتهن ثمنه او لم يقبض
لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع
الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي • وان هلك الرهن
عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته لانه متعد بالاخذ والتسليم
ويصير المرتهن مستوفيا بدينه بهلاك الرهن لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى
ما قبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه وللمستحق
ان يضمن المرتهن لانه متعد بالقبض والتسلم ويرجع المرتهن بما اي بالقيمة

وبدينه على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض
اقتضاؤه فيعود حقه كما كان

باب التصرف في الرهن وجنايته والجناية عليه

• بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن او قضاء دينه اذا باع الراهن الرهن
بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على
اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة
فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد
رضي بسقوطه ونفذ البيع وصار ثمنه رهنا مكانه لان حقه تعلق بالمالية
والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم الى البدل
لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع
وفسخ لا ينفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد حتى لو افتكه لا سبيل للمشتري عليه لان
الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله ان يجيز وله ان يفسخ ولا ينفسخ
في الاصح من الروايتين لان الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه
في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر الى
ان يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال او رفع الامر الى القاضي ليفسخه لفوات
القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ له لا الى المشتري والبايع وهو الراهن وصار كالعبد
المبيع اذا ابق قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء دفع الامر
الى القاضي والاجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع الموجر • ولو باعه الراهن من رجل
ثم باعه من اخر قبل ان يجيز المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول
لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فايهما اجاز لزم ذلك وبطل الاخر
ولو باعه الراهن ثم اجره او رهنه او وهبه من غيره فاجاز المرتهن الاجارة او
الرهن والهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق ان المرتهن ذو منفعة
في البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بيناه وقد يكون احد البيعين انفع من
الاخر فيعتبر تعيينه لتحصل الفائدة به اما هذه العقود فلا منفعة فيها لان حقه
لا ينتقل الى الاجرة ولا بدل له في الرهن والهبة فكان اجازته اسقاطا لحقه فزال
المانع فنفذ البيع • وصح عتق الراهن الرهن وتدبيره واستيلاده لان العتق
صدر من اهله مضافا الى محله وهو ملكه فوجب بنفاذه ولا يلغى تصرفه لحق
المرتهن كما اذا اعتق المبيع قبل القبض او الابق او المغصوب ثم اذا زال ملك الراهن في الرقبة
باعتاقه يزول ملك اليد للمرتهن بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك
الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الادنى الاعلى فالادنى اولى ان لا يمنع فان كان الراهن
موسرا طولب بدينه الحال لانه لو طولب بالرهن كان له ان يأخذه بدينه اذا كان من
جنس حقه ولا يكون ابقاء واستيفاء فلا فائدة فيه واخذت منه قيمة الرهن فجعلت

وهنا مكاتب لو وجد لان سبب الضمان قد تحقق منه فائدة وهو حصول الاستيثاق
من الوجه الذي بيناه ويحبسه الى حلول الاجل واذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه
لان المرتهن له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه وان كان فيه فضل
رده لانه امانة بحكم الرهن لا استيفاء وان كان اقل من حقه رجع عليه بالزيادة لبقاء
ما لم يستوفه وان كان معسرا سعى المعتق في الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المرتهن
كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه
لانه هو المنتفع بهذا العتق كما في عتق احد الشريكين العبد المشترك اذ الضمان
بالخراج والغرم بالغنم ثم نقض بالسعاية الدين ان كان من جنس حقه وكان
الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه وقضى به الدين وان كان
الدين مؤجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى به الدين على
نحو ما ذكرنا في الحال وكيفية ذلك ان ينظر الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته
يوم الرهن والى الدين فيسعى في الاقل منها ويرجع العبد به اى بما سعى
على سيده اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا
فيرجع عليه بما تحمل عنه فصار كمعير الرهن ○ والمدبر وام الولد في كل الدين
بلا رجوع بيانه لو دبره الراهن صح التدبير بالاتفاق لان التدبير لا يمنع البيع
على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح
بادنى الحقين وهو حق الاب في جارية الابن فصح بالاعلى فاذا صحا خرجا من الرهن
لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما
على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعاهما المرتهن في جميع
الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة
لان كسبه حق نفسه ولم يحبس عنده الا قدر القيمة ولا يرجعان عليه وحق المرتهن
يتقدر بالكل ويقوم الدين بعد تحقيقه الزيادة ولا يرجعان على المولى بما اداياه بعد يساره
لانهما اديا من ملك المولى والمعتق يرجع لانه ادى من ملك نفسه وهو مضطر فيه
وقيل اذا كان موجودا يسعيان في قيمتهما لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه
فيتقدر بقدر المعوض الا يرى ان الراهن بنفسه اذا كان موسرا يضمن قيمتهما اذا كان
موجودا اكثر من قيمته بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى بها الدين لان كسبهما ملك
المولى وقد تحرر على اداء الدين بكسبهما ولو كان حالا على اداء ما الاخر من بقضائه
كانه منه يكفلان ايدا بكسبهما ولو عتقهما الراهن لم يسعيا الا بقدر القيمة سواء
اعتقهما بعد القضاء عليهما او قبله لان كسبهما بعد العتق ملكهما او ما اديا
قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى ولو اقر على عبده بدين
لا يستوفيه وهو يكون مضمونا في قيمته منذ عتقه لانه لا ولاية على ما لديه صح نقد

المالية ولو قتله عبد قيمته مائة درهم ثم دفع به ثم اعتقه يسعى في مائة لقيامه
مقام الاول واتلافه كاعتاقه موسرا اى اذا اتلف الراهن الرهن فهو كما لو اعتقه
حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا
في يد المرتهن لقيامه مقامه وان اتلفه اجنبي ضمن المرتهن قيمته وكانت
رهنا مكانه لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه في
الواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه
يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الرهن الف
غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن
يوم قبضه لانه به دخل في ضمانه لانه قبض استيفاء والاستيفاء يتعين عند الهلاك ولو
استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا في يده
حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه ولو حل الدين وهو من جنس حقه
استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه
اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت
قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما
انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر ولم يجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف ○ ولو
اعار المرتهن الرهن من الراهن خرج من ضمانه لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد
انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي له ولا يكون مضمونا على
صاحبه لان له ان يسترده باذنه وبرجوعه اى برجوع الرهن الى يد المرتهن يعود ضمانه
حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وله الرجوع اى للمرتهن ان يسترجع
متى شاء لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في تلك الحالة ○ ولو اعار احدهما الرهن
الاخر من اجنبي خرج من ضمانه ايضا لما بيناه فلو هلك في يده اى في يد المستعير هلك مجانا
لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بيناه ولكل منهما ان يرده رهنا لان لكل واحد منهما فيه
حقا محترما الراهن باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن بخلاف الاجارة والبيع والهبة من
المرتهن او من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود
الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل ان يرده تاويلا كان المرتهن اسوة للغرماء
لان الرهن تعلق به حق غيره لان هذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن وكذلك العارية
لانها لم يتعلق بها حق لازم ولا ينازع من احدهما باذن الاخر في الاعارة لانه غير لازم كالعارية
والرهن كالاجارة لانه لازم وبيع المرتهن الرهن واجارته وهبته من الراهن كالاعارة
لان هذه العقود لا حق في حقه لان ملكه باق فيه فيبطل به هذه العقود فان مات
الراهن قبل رده فالمرتهن احق به من سائر الغرماء لان يد العارية ليست بلازمة والضمان

ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه الا ترى ان ولد المرهون رهن وليس بمضمون
● ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه واستعمله باذنه فهلك حال الاستعمال
سقط ضمانه عنه لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان
وان هلك قبل استعماله او بعده فلا يسقط ضمانه اما قبله فلبقاء عقد الرهن
واليد يد الضمان واما بعده فلارتفاع يد الامانة بالفراغ ● وصح استعارة
شيء ليرهنه لانه متبرع باثبات ملك اليد فيتبرع بالتبرع باثبات ملك العين واليد
وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن
كما ينفصل في حق البائع زوالا لان المبيع يزيل الملك دون اليد فان اطلق
رهنه بما شاء قليلا كان او كثيرا عند من شاء لان الاطلاق يجب اعتباره خصوصا
في العارية لان الجهالة فيها غير مفسدة لكن بها لا تفضي الى المنازعة فان قيد
بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به فان خالف كان ضامنا فان شاء المعير
ضمن المستعير قيمته ويتم الرهن بينه وبين مرتهنه لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه او ان شاء المعير ضمن المرتهن لان كل واحد من المستعير
والمرتهن متعد فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب ويرجع
المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير اما رجوعه بما ضمنه فلانه مغرور
من جهة الراهن واما رجوعه بالدين فلان قبضه انتقض فعاد حقه كما كان
وان وافق بان عين له رهنه بقدر ما امره وهلك الرهن عند مرتهنه صار
المرتهن مستوفيا دينه او قدر قيمة الرهن لو اقل من الدين وطالب راهنه بما فضل
ان لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ووجب للمعير على المستعير مثل الدين
لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا او قدر القيمة لو نقصت
قيمة الرهن بعيب اصابه ويرجع المعير بذلك على المستعير اي على الراهن لما ذكرنا ولو
هلك الرهن عند المستعير اي الراهن قبل الرهن او بعده فلا يضمن وان كان
قد استعمله من قبل لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق ● ولو اراد المعير فكاك الرهن
بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك لانه غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من
تخليص ملكه ويرجع بما ادى على الراهن فيصير اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن
على القبول ● ولو قال المستعير هلك الرهن المستعار في يدي قبل الرهن او بعد
الفكاك وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير ولو اختلفا في قدر
ما امره بالرهن به فيه فالقول للمعير لانه ينكر الايفاء بماله والرجوع عليه
باعتبار الايفاء عنه ولو اختلفا فيما امره في قدر ما امره بالرهن به فالمعين
لانه لو انكر الاصل كان القول له فكذا في انكار الوصف ● ولو رهنه المستعير بدين موعود
فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض وقيمته والمسمى سواء ضمن قدر الموعود للمعير لانه

كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لانه سلم له مالية الرهن باستيفائه من المرتهن
كما لو برئت ذمته عنه ● ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملكه
في رقبته ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء
ضمن المعير قيمته لان حقه قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق فتكون القيمة رهنا عنده
الى ان يقبض دينه فيرجع الى المعير لان القيمة قامت مقام العين فاخذت حكم العين ● ولو ارسل
عبدا الى دائنه ليرهنه فاستعمله قبل ان يرهنه ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك
عند المرتهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بمجرد عقد الراهن ما يقبضه لحصول الاستيفاء
بالرهن وضمن الراهن للمعير قدر ما صار به موفيا لدينه لانه خالف بالاستعمال وقد
برئت ذمته عن ضمانه بالغصب لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار كما لو هلك الرهن ولو
هلك عند الراهن بعدما استعمله لا يضمن لما ذكرنا انه عاد الى حكم الرهن ولو استعمله بعد
الاستيفاء ثم تركه ثم هلك لا يضمن ايضا لما ذكرنا انه امين وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم
العارية لانتهاء حكم العارية بالفكاك فصار في يده يد المالك لكونه عاملا له لا لتحصيل
مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا يتعدى الا ببيان
من الضمان حتى يوصله الى يد المالك ● ولو مات مستعير الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله
ولا يباع الا برضى المعير لانه ملكه ولو اراد المعير البيع وابى الراهن بيعه بيع بغير رضاه
ان كان به وفاء لانه يحصل الاستيفاء وقد حصل وان لم يكن فيه وفاء لم يبع الا برضاه لان
له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء او تزداد قيمته فتفي
بالبيع فيستوفي منه حقه ● ولو مات المعير مفلسا وعليه ديون امر الراهن بقضاء دين
نفسه ويرد الرهن ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير
حيا ولورثته اخذه ان قضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرماء المعير وورثته
بيعه فان كان فيه وفاء بيع والا فلا يباع الا برضى المرتهن ولو كان الفاضل من دين
المرتهن لا يفي بدين غرماء المعير لا يباع الا برضاهم وان كان يفي بيع بغير
رضاهم لوصول حقهم وكذا الحكم لو ماتا المعير والمستعير ● وجناية الراهن
على الرهن مضمونة وكذا جناية المرتهن فيسقط من دينه بقدرها جناية الراهن والمرتهن
على الرهن مضمونة لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما اتلف على صاحبه لان
الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله
بالمال لا يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة
ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقام الاول وهذا يمنع المريض من التبرع باكثر من الثلث
ثم المرتهن ياخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا فان كان مؤجلا
يحبسه بالدين فاذا حل اخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفي
دينه ● وجناية الرهن عليهما اي على الراهن والمرتهن او على مالهما هدر عند ابي حنيفة

خلافا لهما في المرتهن والمراد به جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه فمعتبرة
حتى يجب عليه القصاص اما المرتهن فظاهر لانه اجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي
عنه في حق الدم اذ لم يدخل في ملكه الا من حيث المالية الا يرى ان اقرار المولى عليه
بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه بها جائز والاقرار بما يوجب
المال على عكسه فاذا لم يدخل في ملكه من ذلك الوجه صار اجنبيا عنه فاذا وجب
عليه كان في ما لو وجب المال لان ماليته ملك المولى ومستحق للمرتهن ولا فائدة
باعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث
تعتبر عند ابي حنيفة لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون
الكفن على الغاصب فكانت جناية على غير مالكه فاعتبرت هذه وهذا فيما اذا كانت
جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الادمي فلا خلاف
بين اصحابنا لما ذكرنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت على الادمي في النفس
خطا او فيما دونها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك
وان كانت جنايته على المرتهن فمعتبرة لان في اعتبارها فائدة وهي تملك رقبة العبد
والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية الرهن عليه جناية على غير المالك فتعتبر ولنا
سقطت لعدم الفائدة في جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا وهذه افادت
ملك رقبة العبد وان كان دينه يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد
وربما يكون بقاء الدين انفع له فيختار ايهما شاء ثم اذا اختار اخذه ووافقه الراهن
على ذلك ابطلا الرهن وسقط الدين بهلاكه لان دفعه بالجناية يوجب هلاكه
على الراهن فيسقط به الدين ولهذا لو جنى على الاجنبي فدفع به سقط الدين
وان لم يطلب الجناية فهو رهن على حاله ولابي حنيفة ان هذه الجناية لو
اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد
وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه وهذا الاختلاف نظير الاختلاف في العبد
المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما تعتبر وما ذكراه من
الفائدة غير ظاهرة لان اخذ العبد بالجناية لا يكون الا باختيار المالك لان المجني
عليه لا يستبد باخذه وقد لا يختاره هو لانه قد يراه الظاهر لعدم وجوب
الفداء عليه بالمنع وفي رواية عن ابي حنيفة اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ان جنايته
على المرتهن معتبرة بحسابها لان الزائد امانة فصار كجناية العبد المودع وكذا جناية الرهن
على ابن الراهن او على ابن المرتهن فهي معتبرة في الصحيح حتى يدفع او يفدى وان كانت
على المال فتباع كما اذا جنى على الاجنبي اذ هو اجنبي بتباين الاملاك • ولو رهن عبدا يساوي
الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض
المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء لان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط

الدين عندنا حتى كان له ان يطالب بجميع الدين عند دده نا نقصانا بالسعر خلافا لزفر وهو
يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور
رغبات الناس وذلك غير معتبرة في البيع اذا حصل في المبيع قبل القبض حتى لا يثبت به
للمشتري الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد
العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء
اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل
الدين فاذا قتله غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة في ضمان الاتلاف تعتبر
وقت الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في
حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى
استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه
ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك
يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء •
وان باعه اي ان باع المرتهن العبد الذي يساوي الفا بالمائة بامر الراهن
وقد رهنه بالف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء لحقه ورجع
عليه اي على الراهن بالباقي اي بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان
الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك بطل الرهن وبقي الدين الا بقدر
ما استوفى فكذا هنا • وان قتله عبد يساوي مائة فدفع به افتكه الراهن
بكل الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ان شاء دفعه
الى المرتهن وان شاء افتكه بالدين وقال زفر يصير رهنا بمائة لان يد
الراهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر
فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما
ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا
فكذلك اذا قام المدفوع مقامه ولمحمد في اختيار ان المرهون اذا تغير في ضمان
المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب
غير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد
لقيام العبد الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن امانة
عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي
وانه منسوخ بقوله عم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه بخلاف البيع
لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تمليكه باداء
الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله
عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف • وان جنى الرهن خطاء

فداه المرتهن ولا يرجع اي اذا قتل العبد الرهن قتلا خطأ فضمان الجناية على
المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على
حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه
اصلاحها فان ابى دفعه الراهن او فداه وسقط الدين اي ان ابى المرتهن ان
يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدين لان الملك في الرقبة قائم له وانما
ابى المرتهن الفداء لقيام حقه واذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية
ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى
في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض
كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا
حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج
من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع امه على حاله
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد
فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان
يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن وان لم يؤد وبيع العبد ياخذ صاحب
دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية
لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر
فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان
المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر دين
العبد وبطل دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان
ثم ان كان دين المرتهن اخذ منه لانه من جنس حقه وان لم يحل امسكه حتى يحل ثم ياخذه وان
كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى
يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى
ما بعد العتق ثم اذا ادى بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان
كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يخير المالكان فان فديا كان النصف
منه مضمونا والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن
فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن وكذا لا يجوز من المرتهن حقيقة
وانما منه الرضا فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن
فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن
وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي فله ذلك وان كان لا يملك المختار
الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر
على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لا ابتداء

فكذا يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على
الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان
متبرعا ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء
من دينه لان سقوط الدين من لوازم الفداء او الدفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم
ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل يسقط من الدين
بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه
الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى بعضه
ويبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا
لم يكن متطوعا وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى
ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته
فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذرت مخاطبته و
المرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا •
ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي
حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصي فان لم يكن له وصي
نصب القاضي له وصيا وامره بذلك لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا
عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله
من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز
وللاخرين ان يردوه لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي
فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن
للميت غريم اخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل
الرهن فكذا بعده وان ارتهن الوصي بدين للميت جاز لانه استيفاء وهو يملكه

فصل

رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو
رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء لان ما يكون محلا للبيع
يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل البيع بقاء الا ترى ان من اشترى عصيرا
فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيه الا ان المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما
اذا تعيب فكذا يكون محلا للرهن بقاء وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فقد فسد
لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة فيزول المفسد • وان
رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو
رهن به لان الرهن يتقرر بالهلاك واذا حيي بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف
ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان
البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا واما الرهن فيتقرر بالهلاك

ومن المشايخ من يقول يعود البيع ويكون الجلد رهنا بدرهم قالوا اذا كانت قيمة
الجلد يوم الرهن درهما اما ان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين
ويعرف ذلك بان تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت
بينهما هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها امانة بان كان
قيمتها اكثر من الدين يكون الجلد ايضا بعضه امانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين
قالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشي لا قيمة له وان دبغه بشي له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه
لما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشي له قيمة ● ونماء الرهن كولده ولبنه
وصوفه وثمره للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن
حق متأكد لا يسري الى الولد الا يرى ان الراهن لا يملك ابطاله فان هلك النماء
هلك بلا شي لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
اذ اللفظ لا يتناولها وان بقي النماء وهلك الاصل تفتك بحصته من الدين اي اذا هلك
الرهن وبقي النماء يفتك الولد بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار
مقصودا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له
حصة حتى لو هلكت الام قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري ان يأخذه بحصته من الثمن
ولو هلك قبل القبض لا يسقط شي من الثمن يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض
وقيمة النماء يوم الفكاك فما اصاب الاصل من الدين سقط وما اصاب النماء افتك به
النماء لان الولد صار له حصة بالفكاك والام دخلت في الضمان من وقت القبض فتعتبر
قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك امه قبل الفكاك
هلك بلا شي فيعلم بذلك انه لا يقابله شي من الدين الا عند الفكاك ولو اذن الراهن
للمرتهن في اكل ولد الرهن بان قال مهما زاد فكله فاكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شي من
الرهن لانه اتلفه باذن المالك وان لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم
الدين على قيمة الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما
اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن
بتسليط منه فصار كان الراهن اخذه واتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة
من الدين فيبقى بحصته ● وتصح الزيادة في الرهن ولا تصح الزيادة في الدين
فلا يكون الرهن رهنا بها وصورة الزيادة في الرهن هو ان يزيد رهنا على
الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول وصورة الزيادة في الدين هو ان يزيد
دينا على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا على الدينين وهو غير جائز
خلافا لابي يوسف هو يقول تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي
لا تجوز الزيادة في الرهن ايضا لانه تؤدي الى الشيوع لان الرهن الثاني
من ان يكون له حصة من الدين فيخرج رهن الاول بقدره من ان يكون رهنا

او مضمونا وذلك شايع والشيوع مفسد للرهن ولابي يوسف ان الدين في باب الرهن
كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق
باصل العقد للحاجة والامكان الالحاق فيهما كما في البيع ولابي حنيفة ومحمد ان الزيادة
في الدين توجب الشيوع في الرهن لان الزيادة في الدين يثبت فيه ضمان الدين الثاني
فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه مضمونا بالدين الاول وذلك البعض مشاع
فلا يجوز بخلاف الزيادة في الرهن لانها توجب خروج بعض الدين الى الرهن الثاني لان
الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع في الدين لا في الرهن وذلك غير مانع صحة الرهن الا يرى انه
لو رهن شيئا بخمسمائة من الف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع في الدين يمنع لما جاز والالتحاق
باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا هو معقود به بل وجوبه سابق
على الرهن وهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة يكون في المعقود عليه كالمبيع او
في المعقود به كالثمن لا في غيره لانه ليس احد البدلين والزيادة يختص بهما ثم المراد بقولهم
ان الزيادة في الدين لا يصح ان الرهن لا يكون رهنا بالزيادة واما نفس زيادة الدين على الدين
فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا ثم اذا صحت
الزيادة في الرهن تسمى هذه الزيادة قصدية فيقسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول
يوم قبضه لان كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر وكذا ولدت
المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد منها الف والدين الف
فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد الذي
زيد عليه لانه جعله زيادة مع الولد دون الام والولد لا حصة له الا وقت الفكاك
فما اصاب الولد في ذلك الوقت قسم عليه وعلى العبد الزيادة لما ذكرنا وصار ذلك الولد تبع
لا حصة له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة قبل الفكاك بطلت الزيادة لان الولد
اذا هلك خرج من العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة وكذا لو هلكت الزيادة
قبل فكاك الولد هلكت بغير شي لانه تبع فيأخذ حكمه ولو كانت الزيادة مع الام قسم
الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لما ذكرنا فما اصاب الام قسم
عليها وعلى ولدها اذا هلكت فما اصاب الام ذهب وسقط وما اصاب الولد افتك به
الرهن لان الزيادة دخلت على الام فيقسم الدين عليها وعلى الزيادة اولا ثم ما اصاب الام
قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت وبقي الولد الى الفكاك ولو هلك الولد بعد هلاكها
قبل الفكاك او هلك هو وحده دونها ذهب بغير شي لما ذكرنا انه لا حصة له الا وقت
الفكاك فصار كانه لم يكن اصلا فبقي حصة الام كلها عليها تذهب بهلاكها وحصة الزيادة
ايضا تذهب بذهاب الزيادة فصار كان الرهن في الام وحدها وزاد العبد عليها فايهما
هلك هلك بحصته وافتك من بقي منهما بحصته ● وان رهن عبدا يعدل الفا بالف
فدفع مكانه عبدا يعدل الفا فالاول رهن حتى يرد الى راهنه والمرتهن امين في الثاني

حتى يجعله مكان الاول برد الاول لان الاول امانة صار في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج
عن الضمان مادام باقيين الا بنقض القبض فاذا كان الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه
لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل
يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء
وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا يظنها جيادا ثم علم انها زيوف
وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في
الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة على ما عرف وقبض الامانة
ينوب عن قبض الامانة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة
عن قبض العين • ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه فهلك الرهن في يد المرتهن
هلك بلا شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا منعه من صاحبه
فيصير غاصبا بالمنع وكذا ان ارتهنت المرأة بصداقها رهنا وابرأته او وهبته له او
اختلعت عليه او ارتدت والعياذ بالله تعالى قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك
بغير شيء لسقوط الدين • ولو قبض المرتهن دينه او بعضه منه اي من الراهن او من غيره
اي من غير الراهن وهو متطوع في ذلك الايفاء او شرى به اي بالدين عينا او صالح
عنه على شيء او احال الراهن المرتهن به اي بالدين على غيره ثم هلك الرهن
قبل رده هلك بالدين ويرد ما قبض الى من قبض منه في صورة ايفاء الراهن
والمتطوع او الشراء او الصلح لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء وهو لان
الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء متعذر لعدم الفائدة لانه
يعقب مطالبة مثله فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول وانتقض الاستيفاء
الثاني وتبطل الحوالة اذ بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحال عليه تقوم مقام
ذمة المحيل وهذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحال عليه مفلسا وكذا اي كما يهلك
الرهن بالدين في الصور المذكورة يهلك به ايضا لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك
الرهن هلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية
قال في الكافي ذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا على ان لا دين يبقى
ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين
هلك ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن مستوفيا واما اذا تصادقا على ان لا دين
والرهن قائم ثم هلك فهلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان
الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك
الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا • رجل دفع مهر غيره
تطوعا فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما ادى هـ •

كتاب الجنايات

هي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شرا
وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل وفي الشرع اسم لفعل محرم سواء كان في مال
او نفس لكن في عرف الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل في النفس والاطراف •
القتل على خمسة اوجه اما عمد وهو ان يقصد ضربه بما يفرق الاجزاء من سلاح اي
محدد من حجر او خشب او ليطة او مروة بنار وعندهما ما يقتل غالبا وموجبه اي موجب
القتل الموصوف بهذه الصفة الاثم والقصاص عينا اما الاثم فلان الجناية
لا يحصى دونها ولا من ظل ليترتب عليها العقوبة لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي
الخطأ والنسيان واما اشتراط السلاح او ما جرى مجرى السلاح فلان العمد هو
القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو امر مبطن فاقيم استعمال الالة القاتلة
غالبا مقامه تيسيرا والالة القاتلة غالبا هي المحددة لانها هي المعدة للقتل وما
ليس له حد فليس معدا للقتل حتى لو ضربه بحجر كبير او خشب كبير او صنجة حديد او
نحاس لا يجب القصاص عند ابي حنيفة واما وجوب الاثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم وقال عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرئ مسلم وعليه اجماع الامة واما وجوب
القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان
النفس بالنفس والمراد به القتل العمد لان الله تعالى اوجب الدية في القتل خطأ بقوله تعالى
ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقال عليه السلام العمد قود ولان
القتل قصاصا نهاية العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان
الخطأ فيه شبهة العدم فلا يوجب العقوبة المتناهية الا ان يعفو اي موجبه القصاص
عينا الا ان يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شيء لان العفو يتحقق
بلا بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعي الواجب احدهما لا بعينه
ويتعين باختيار الولي في قول عنه وفي قول اخر عنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولي حق
العدول الى المال من غير رضى القاتل لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل
واما ان يودى وقال عليه السلام في خطبته يوم فتح مكة فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فاهله بين
خيرتين بين ان ياخذوا العقل وبين ان يقتلوا وهذا نص على التخيير ولنا ما تلونا وما
روينا والمراد بما روى والله اعلم ثبوت الخيار للولي عند اعطاء القاتل الدية اي
تخييره لا ينافي رضى الاخر في غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت
دراهم وان شئت دنانير وان شئت عرضا ومعناه انه لا ياخذ غير حصته الا برضى
المديون وهذا شايع في الكلام الا يرى الى قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي لا تاخذ
الا سلمك عند المضي في العقد ولا تاخذ الا راس مالك عند التفاسخ فخيره ومعلوم انه
لا ياخذ راس المال الا من حيث رضاه لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهما فاذا كان المراد بالحديث

ذلك او بعضه لا يبقى حقا له والذي يدل على ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال
كان القصاص في بني اسرائيل ولم تكن الدية فيهم فقال الله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
الحر بالحر الى قوله فمن عفي له من اخيه شيء والعفو ان تقبل الدية في العمد ذلك تخفيف
من ربكم مما كان كتب على بني اسرائيل فاخبر انه لم يكن فيهم دية اي كان ذلك حراما عليهم
اخذه عوضا عن الدم او يتركوه حتى يسفكوا الدماء فخفف الله تعالى عن هذه الامة
ونبه على ذلك بقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان
ونبه النبي عم على هذه الجهة ايضا بقوله عم من قتل له قتيل فهو بالخيار بين
ان يقتص او يعفو او ياخذ الدية يعني التي ابيحت لهذه الامة وجعل لهم اخذها اذا
اعطوها وعن انس بن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال
النبي عم حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير ولو كان المال واجبا به
تخييرا لمن وجب له اخذ الشيئين على الخيار لا يعلم له باحدهما معينا ولما علم بان له
يختار ايهما شاء والذي يحققه ان الولي لو عفا عن القصاص قبل اختيار القصاص
صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب القتل لما صح عفوه قبل تعيينه باختياره لان العفو
عن الشيء قبل وجوبه باطل فاذا كان القصاص هو الواجب الاصلي لا ينقلب الواجب بالعفو
عنه الى المال بل لا عنه لانه معاوضة ولا يجبر على المعاوضة كما في سائر الحقوق
ولا كفارة فيه اي في قتل العمد وقال الشافعي يجب فيه الكفارة اعتبارا بالخطأ بل
اولى لانها شرعت لمحو الاثم وهو في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجابها ولنا ان الكفارة
دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد من ان يكون سببها ايضا دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق
العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا يناط به كسائر
الكبائر مثل الزنا والسرقة والربوا ولا يمكن قياسه على الخطأ لانه دونه في الاثم فشرعها
لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في قتل العمد وعيدا محكما ولا ينبغي ان
يقال يرتفع المأثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع لا شبهة
فيه ومن ادعى ذلك كان متحكما بلا دليل ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها
بالقياس ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم كل موجبه اذ هو مذكور في سياق الجزاء
للشرط فيكون الزيادة عليه نسخا وهو لا يجوز بالرأي ٥ واما شبه عمد وهو ضربه
قصدا بغير ما ذكر في العمد والذي ذكره في العمد هو المحدد وغيره هو
الذي لا حد له من الالة كالحجر والعصا وكل شيء ليس له حد يفرق الاجزاء وهذا
عند ابي حنيفة وقالا اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه
العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال
الالة لا تلبث لانه يقصد بها القتل غالبا وبه قال الشافعي وانما سمي هذا النوع
شبه عمد لان فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمدا باعتبار نفس الفعل وخطأ

باعتبار القتل ثم ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال الة لا تقتل غالبا لانه يقصد به
التاديب او نحوه في حصول القتل فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال الالة لا تلبث لانه
يقصد به القتل كالسيف فكان عمدا فيجب القود الا ترى ان النبي عم رضخ بين حجرين راس يهودي
ورضخ راس صبي بين حجرين وكذا قتل المراة التي قتلت امراة بمسطح وهو عمود الفسطاط وكذا فيه
قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل
منها اربعون خلفة في بطونها اولادها وباطلاقه يتناول العصا الكبير والكلام فيه
ولان قصد القتل امر باطن لا نعرفه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة الموضوعة له على
ما بيناه وهذه الالة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة
فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فقصرت العمدية بذلك
فصار كالعصا الصغيرة وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الالة المحددة لا يختلف
بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل بتخريب البنية ظاهرا وباطنا فكذا ما
لا يوجب القصاص وجب ان يستوي بين الصغير والكبير منه حتى لا يوجب الكل القصاص
لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا وكان في قصده القتل شك
لما فيه من قصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك وما رووه من
رضخ اليهودي محتمل لانه عم علم ان اليهودي كان قاطع الطريق فان قاطع الطريق
اذا قتل بسوط او عصا او غيره باي شيء كان يقتل به حدا ويحتمل انه جعله كقاطع
الطريق لكونه ساعيا في الارض بالفساد فقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق ولئن
ذلك جاز ان يلحق به على ما بيناه في قطاع الطريق واما حديث المراة فقال
عبيد بن نضيلة عن المغيرة بن شعبة ان امراتين ضربت احديهما الاخرى بعمود
الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله عم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما
في بطنها بغرة فقال الاعرابي اتغرم من لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك
يطل فقال اسجع كسجع الاعراب او في رواية قال هذا من اخوان الكهان من اجل سجعه فلم يذكر
القصاص وما رووه غير صحيح ثم لا فرق عند ابي حنيفة بين ان يموت بضربة واحدة وبين ان
يوالي عليه ضربات حتى مات كان ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلفوا
على قولهما في الموالاة وقال الشافعي يصير عمدا بها فيوجب القصاص وكذا لو القاه
من جبل او سطح او غرقه في الماء او خنقه حتى مات كان ذلك شبه عمد عنده وعندهما
عمد وموجبه الاثم لانه ارتكب ما هو محرم شرعا قاصدا له والكفارة لانه
خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطأ وذكر صاحب الهداية ان صاحب الايضاح
قال في الايضاح وجدت في كتب اصحابنا انه لا كفارة في شبه العمد على قول
ابي حنيفة قال الامام كامل متناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك
من باب التخفيف وجوابه على الظاهر ان يقول انه اثم الضرب لانه قصده

لا إثم القتل لأنه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل ولا تجب بالضرب إلا أنه
إنها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب
إلى القتل دون الضرب والدية المغلظة على العاقلة لما روينا ولأنها وجبت على العاقلة
لأنه خطأ من وجه على ما بيناه فيكون معذورا فيستحق التخفيف لذلك ولأنها تجب بنفس
القتل فتجب على العاقلة كما في الخطأ وهذا لأنها تجب مؤجلة في ثلاث سنين وصفة التغليظ
في الدية تأتي من بعد إن شاء الله تعالى ولا قود لشبهه بالخطأ وهو أي شبه العمد
فيما دون النفس عمد كما إذا جرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص إن كان مما يرعى
فيه المماثلة كما سيأتي وليس فيه شبه العمد كما كان في النفس لأن ما دون النفس
لا يختلف باختلاف الآلة وما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فبقي المعتبر تعمد الضرب
وقد وجد فكان عمدا ۝ وأما الخطأ فهو في القصد بأن يرمي شخصا يظنه صيدا أو حربيا
فإذا هو آدمي معصوم أو خطأ في الفعل بأن يرمي غرضا فيصيب آدميا أما في الأول
فإنه لم يخطئ في الفعل حيث أصاب ما قصد رميه وإنما أخطأ في القصد حيث
ظن الآدمي صيدا والمسلم حربيا وأما في الثاني فإنه أخطأ في الفعل لا في القصد
فيكون معذورا وإذا اختلف المحل عاد خطأ بخلاف ما لو تعمد للضرب موضعا من جسده
فأصاب موضعا آخر منه حيث يجب القصاص لأن المحل لم يختلف لوجود قصد
الفعل منه والقتل إذ جميع البدن منه كمحل واحد فيما يرجع إلى مقصوده
فلا يعذر وإنما صار الخطأ نوعين لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح
فيحتمل كل واحد منهما الخطأ على الانفراد كما ذكرنا أو على الاجتماع بأن رمى
آدميا يظنه صيدا فأصاب غيره من الناس ۝ وأما ما أجري مجرى الخطأ
كنائم انقلب على رجل فقتله لأن هذا ليس خطأ حقيقة لعدم قصد النائم إلى
شيء حتى يصير مخطئا مقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل
الطفل فجعل كالخطأ لأنه معذور كالمخطئ وموجبهما الكفارة والدية على العاقلة
لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وقد قضى بها عمر
رض في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار إجماعا وقدر الدية و
صفتها وما يجوز عتقه عن الكفارة وما لا يجوز نذكره في الديات إن شاء الله تعالى
ولهذا النوع من القتل لا يأثم إثم القتل وإنما يأثم إثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت
لأن الأفعال المباحة لا تجوز مباشرتها إلا بشرط أن لا يؤذي أحدا فإذا آذى فقد
تحقق ترك التحرز فيأثم ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك لأنها ستارة ولا تستر بدون
الإثم ۝ وأما القتل بسبب وهو أن يحفر بئرا أو يضع حجرا في غير ملكه بلا إذن
فيهلك به إنسان وموجبه الدية على العاقلة لا الكفارة أما وجوب الدية
فلأنه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقي فيه فتجب الدية

صيانة للأنفس فيكون على العاقلة لأن القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذورا
فيجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطأ بل أولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا يجب
الكفارة فيه ۝ وكل ذلك أي كل نوع من أنواع القتل الذي تقدم ذكره يوجب حرمان الإرث
إلا هذا الأخير وهو القتل بسبب فإنه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي
هو ملحق بالخطأ في أحكامه

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

يجب القصاص
بقتل من هو محقون الدم على التأبيد عمدا لما بيناه وشرط أن يكون محقون الدم
على التأبيد لتنتفي شبهة الإباحة عنه لأن القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي
الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن لأن دمه غير محقون
على التأبيد فيقتل الحر بالحر وبالعبد وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى
الحر بالحر والعبد بالعبد وهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة
أن لا يقتل الحر بالعبد ولأن القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما إذ الحر مالك
والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة العجز قال الله تعالى ضرب الله مثلا
عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولا مساواة بينهما ولأن الحرية حياة والرق موت حكما إذ الرقيق
ملحق بالموات حتى يرد إليه إحياؤه به ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع
أن الطرف أهون وأقل حرمة لكونه تبعا للنفس فلأن لا يجب في النفس وهو أعظم حرمة أولى
ولنا في العكس أنه تفاوت في الانتقاص وأن الرق أثر الكفر فيوجب شبهة الإباحة كحقيقة
الكفر فصار كالمستأمن ولنا قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه السلام العمد قود ولا يعارض بما تلاه لأن فيه مقابلة
مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل على المقيد على أن مقابلة الحر بالحر لا ينافي
مقابلة الحر بالعبد لأنه ليس فيه إلا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا
يوجب تخصيص ما بقي ألا ترى أنه قابل الأنثى بالأنثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع ذلك مقابلة
الذكر بالأنثى وكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالإجماع فكذا بالعكس
إذ لو منع ذلك لمنع العكس أيضا وفي مقابلة الأنثى بالأنثى دليل على جريان القصاص
بين الحرة والأمة وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال ابن عباس كانت بين بني النضير
وبني قريظة مقاتلة وكانت بنو قريظة أقل منهم وكان بنو النضير أشرف منهم
فتواضعوا على أن العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والأنثى منهم
بمقابلة الذكر من بني قريظة فأنزل الله تعالى الآية ردا عليهم وبيانا على أن
الجنس يقتل بجنسه على حدة في مواضعهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف
العهد لا لتعريف الجنس ولأنهما مستويان في العصمة إذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا
وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبر التساوي
في غير العصمة لما جرى القصاص بين الذكر والأنثى والقصاص يجب باعتبار أنه آدمي

ولم يدخل في الملك من هذا الوجه بل هو يبقى على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا
يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر لو كان مالا لما قتل وكذا عجزه وموته
وبقاء أثر كفره حكما لا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو أورث
شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص في الأطراف
يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة
بالشلاء وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة
بين أطراف العبد والحر لا في العصمة فأظهرنا أثر الرق فيها دون النفس لأن
العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوما ويقتل المسلم بالذمي وقال
الشافعي لا يقتل به لما روى الشعبي عن أبي جحيفة قال سألت عليا رض هل عندكم
من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذي فلق الحبة وبرأ
النسمة ما عندنا من رسول الله عم سوى القرآن وما في الصحيفة قلت وما
في الصحيفة قال العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر وعن قيس
ابن عباد قال انطلقت أنا والأشتر إلى علي رض فقلنا هل عهد إليك رسول الله
عم عهدا لم يعهده إلى الناس عامة قال لا إلا ما في كتابي هذا فأخرج كتابا
من قراب سيفه فإذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم
يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده ولأنه لا مساواة
بينهما لقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة ولأن الكفر يوجب النقصان
والكافر كالميت قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه
وبين الحي من كل وجه بخلاف ما إذا قتل ذمي ذميا ثم أسلم القاتل حيث يقتل به
لوجود المساواة وقت القتل وهو العلة ولأن الكفر مبيح للقتل في الجملة فأورث
شبهة كالملك مبيح للوطء في الجملة ثم هو يورث شبهة في الأخت من الرضاع حتى لا يحد
إذا وطئها بملك يمين ولنا ما تلوناه وما رويناه فإنه بإطلاقه يتناوله وقد صح عن
عبد الرحمن بن البيلماني ومحمد بن المنكدر أن النبي عم أتي برجل من المسلمين قد قتل معاهدا
من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه فقال أنا أولى من وفى بذمته ولأن القصاص
يعتمد المساواة في العصمة على ما بيناه في العبد وقد وجدت نظرا إلى الدار أو إلى التكليف
لأن شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من إقامة ما كلف به إلا بدفع أسباب
الهلاك عنه وذلك بأن يكون محرم التعرض ولا نسلم أن الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة
الحراب ألا ترى أن من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني والزمن وقد انتفى الحراب
بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمي بالذمي ولو كان في عصمته

خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال علي رض إنما
بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وذلك بأن يكون
معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا تقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو
كانت في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن لأن المال
تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل
بقتله لأن أمر النفس أعظم من المال ألا ترى أن العبد لا يقطع بسرقة مال
مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذي يدل على ما قلنا أن الذمي لو قتل ذميا
ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل به قتل بالإجماع وهذا قتل مسلم بكافر فلولا
أن المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمي ابتداء لما دام الوجوب لأن حالة
البقاء في مثل هذا معتبرة بالابتداء تعظيما لأمر الدم ومعنى قوله
عم لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده أي بكافر حربي ولهذا عطف
ذو العهد وهو الذمي على المسلم تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر
حربي لأن الذمي إذا قتل ذميا قتل به فعلم أن المراد به الحربي إذ لا يقتل به
مسلم ولا ذمي وقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة أي في الفوز
ويدل عليه قوله تعالى أصحاب الجنة هم الفائزون فلا يلزم منه عدم التساوي
في العصمة لأن مثل هذا الكلام لا عموم له ألا ترى إلى قوله تعالى لا يستوي
الأعمى والبصير أن المنفي الاستواء في البصر والعمى لا في كل وصف ولهذا
يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يرجح
عصمته فلا عبرة به كسائر الأوصاف الناقصة كالجهل والفسق والأنوثة ولا نسلم
أن كفره مبيح للقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه بخلاف ما ذكر من الملك في الأخت
من الرضاع فإنه مبيح للوطء وإنما امتنع في الأخت المذكورة بعارض فأورث شبهة
٥ ولا يقتل بمستأمن أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بأمان لأن
دمه غير محقون على التأبيد فانعدمت المساواة وكذا كفره باعث على الحراب لقصد
الرجوع إلى دار الحرب بل المستأمن يقتل بمثله قياسا لوجود المساواة وعن أبي يوسف لا يقتل
استحسانا لوجود المبيح والذكر بالأنثى والعاقل بالمجنون والبالغ بغيره
والصحيح بغيره وكامل الأطراف بناقصها معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل
الحر بالحر لا على ما يليه من قوله ولا يقتل بمستأمن وإنما جرى القصاص بينهم
لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي المعتبرة في هذا الباب ولو
اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القياس ولظهر الفتن والتفاني والفرع
بأصله لعدم المسقط لا الأصل بفرعه لقوله عم لا يقاد الوالد
بولده ولا السيد بعبده ولأن الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون

ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بسبب ولده لانه
سبب لاحيائه فمن المحال ان يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده
في صف المشركين مقاتلا او زانيا وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث
بسبب العقد للميت خلافة ولو قتل به كان القاتل هو الابن نيابة والام والجد من
الجدة كالاب سواء كانوا من جهة الاب او من جهة الام لانه جزؤهم فالنص الوارد
في الاب وارد فيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع وتجب الدية في مال القاتل
في ثلاث سنين ● ولا يقتل ايضا السيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده و
عبد بعضه له لما روينا ولانه لو وجب القصاص لوجب له اذ قتله غيره ولا يجوز
ان يجب له على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص
لا يتجزى فاذا سقط في البعض لاجل انه ملكه البعض سقط في الكل لعدم التجزي
وان ورث قصاصا على ابيه سقط لما ذكرنا ان الابن لا يستوجب العقوبة على
ابيه وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب اخا امرأته ثم ماتت امرأته قبل ان تقتص
منه وان ابنها منه يرث القصاص الذي لها على ابيه فيسقط لما ذكرنا وكذا اذا
قتل امرأته ليس لابنها منه ان يقتله فيسقط القصاص ● ولا قصاص على شريك
الاب او المولى او المخطئ او الصبي او المجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله لانه قتل
حصل بسببين احدهما غير موجب للقود وهو لا يتجزى فلا يجب لان الاصل في الدماء
الحرمة والنصوص الموجبة للقصاص مختصة بحالة الانفراد وهو مبني على المماثلة
وهو غير ممكن هنا لعدم التجزي ثم من يجب عليه القصاص لو انفرد عليه نصف الدية
في ماله لان فعله عمد وانما لم يجب القصاص لتعذر الاستيفاء والعاقلة لا تعقل
العمد ونصفها الاخر على عاقلة الاخر ان كان صبيا او مجنونا او مخطئا لان
الدية تجب فيه بنفس القتل فان عمد الصبي والمجنون خطأ قاله علي رض وان
كان الاب ففي ماله ● وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لانه
تعلق به حق كل واحد منهما فالمرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن ملكه لكن
لو قتله بطل حق المرتهن فاشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن فلا يرجع على
الراهن ● وان قتل مكاتب عن وفاء وله وارث مع سيده فلا قصاص لاشتباه
المولى فانه ان مات عبدا فالمولى وليه وان مات حرا فالوارث وليه والمسئلة
مختلفة بين الصحابة رض فاشتبه الولي فتعذر الاستيفاء ● وان لم يكن وارث الا
سيده لانه مات عبدا بالاجماع وكذا ان [illegible] وفاء لا وارث غير سيده يقتص
سيده عند ابي حنيفة وابي يوسف لان حق الاستيفاء له حرا مات او عبدا و
اختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة خلافا لمحمد فانه يقول لا قصاص لاشتباه
سبب الاستيفاء اما بالولاية او بالرق وجوابه ما مر ● ولا قصاص الا بالسيف

وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل في تلك المدة ان قتله بفعل مشروع ثم
ان مات بذلك فيها وان لم يمت حز رقبته لان المعتبر في القصاص المساواة وهذا
يسمى قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواطة وسقي الخمر اختلف مشايخهم
فيه فقال بعضهم يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة ويفعل به مثل ما فعل
ويسقى الماء في سقي الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات والا حز رقبته لا يمكن
المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم حز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه
غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف لان الرجم مشروع وهو بالحجر
وكذا قتال الكفار وهو بالسيف ونحو ذلك مشروع واستدل على ذلك بما روي
عن النبي ص ان يهوديا رض راس صبي بين حجرين فامر النبي ص ان يرضخ راسه
بين حجرين ولقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولان فيه
تحقيق القصاص الذي ينبئ عن المماثلة فيجب تحقيق المساواة ذاتا ووصفا ولنا
ما رواه سفيان الثوري باسناده عن النعمان قال قال رسول الله عم لا قود الا
بالسيف والمراد به الاستيفاء لا وجوب القصاص لان القتل بالسيف لانه يجب بالقتل
بغيره كالنار اجماعا فدل ذلك على ان الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه قتل وجب
فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى الا بما لا تختلف
عنه الموت ولو قطعت يده لا يموت الا بالسراية وهي موهومة فلا يكون مشروعا ولانه
مثلة وقد نهى النبي ص عنها وقال النبي ص ان الله عز وجل كتب الاحسان على كل شيء
فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته فامر النبي ص بان يحسنوا القتلة وان يريحوا ما احل الله ذبحه من الانعام فما
ظنك في الادمي المحترم المكرم وما رواه يحتمل وجهين اما ان يكون مشروعا ثم نسخ كما
نسخ المثلة او يكون اليهودي ساعيا في الارض بالفساد فقتل كما رأى الامام ليكون
الردع وهذا هو الظاهر ● ولاب المعتوه ان يقتص من قاطع يده وقاتل قريبه يعني
اذا قطع رجل يد معتوه عمدا او قتل قريبه كولده فاب المعتوه يقتص من جانبه لان
لابيه ولاية على نفسه فيليها كالانكاح ● وله ان يصالح على مال لا ان يعفو لانه انفع له
من القود فلما ملك القود كان الصلح بالطريق الاولى وهذا اذا صالح على قدر الدية او اكثر
منه وان صالح على اقل منه لا يصح ويجب الدية كاملة ● لا ان يعفو لانه ابطال لحقه بلا
عوض ولا مصلحة فلا يجوز ● والصبي كالمعتوه فيما ذكرناه ● والقاضي كالاب هو الصحيح
الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا لان الحكم
وكذا الوصي الا انه لا يقتص في النفس لان ولاية القصاص تابعة لولاية النفس
وهي مختصة بالاب ● ومن قتل وله اولياء كبار وصغار فللكبار القصاص
من قاتله قبل كبر الصغار عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما قالا ليس لهم

ذلك حتى يبلغ الصغار لانه مشترك بينهم لان الكبار لا ولاية لهم على الصغار
حتى يستوفوا حقهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي ولا الكل لعدم الولاية
عليهم وفيه ابطال حقهم بغير عوض فتعين التاخير الى ادراكهم كما اذا
كان معهم كبير غائب او كان بين المولين واحدهما صغير بخلاف ما اذا عفا الكبير حيث
يصح وان بطل به حقه في القصاص لانه بطل الى عوض ولا بطلان وله اي لابي حنيفة ما
روي ان عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا رض قتله ابنه وقد كان في اولاد علي رض صغار ولم
ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه حق لا يتجزى
لان سببه وهو القرابة لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهم كاملا كما في ولاية الانكاح ولهذا لو
استوفاه بعض الاولياء لا يضمن شيئا للقاتل ولو لم يكن له قتله لضمن كالاجنبي كذا الغائب
وكذا الصغار في مسئلتنا ولو غاب احد الكبار ينتظر اجماعا لاحتمال العفو من الغائب
◦ ومن قتل بحديدة المر اقتص وعنه ان جرحه لوجود السبب وانعدام ما يبطله
وان بظهره او بعصاه فلا يقتص وعليه الدية عند ابي حنيفة وعندهما يقتص
اعتبارا منه للالة وهو الحديد فانه معد لذلك في الدنيا الى الاخرة قال الله تعالى وانزلنا
الحديد فيه باس شديد وهو القتل وقال تعالى ولهم مقامع من حديد وله انه يجب الجرح
فاذا لم يجرح لم يكن عاملا بمعناه الموضوع له وهو تفريق الاجزاء فصار كالحجر العظيم وكذا
الخلاف في كل مثقل وفي التغريق والخنق لما بيناه في اول الكتاب وان تكرر منه قتل به
اجماعا لانه سعى في الارض بالفساد ◦ ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب السوط لان
فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد
في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة
للقود فيجب الدية ◦ ومن جرح فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص من جارحه لان الجرح
سبب ظاهر لموته فيحال عليه الموت ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة او البرء منه ◦
وان التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية
والكفارة لا القصاص لان هذا احد نوعي الخطا والخطا بنوعيه لا يوجب القود
ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على
اليمان ابي حذيفة رض قضى النبي عم بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين
فان كان في صف المشركين فلا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم
من كثر سواد قوم فهو منهم ◦ ومن مات من فعل نفسه وفعل زيد وحية واسد فعلى
زيد ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة
وفعله بنفسه جنس اخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى ياثم به وفعل زيد
معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا وهدر
من وجه دون وجه وهو فعل نفسه فيكون التلف بثلثة افعال كل واحد ثلثه فيجب على زيد

ثلث الدية ثم ان كان فعل زيد عمدا تجب الدية عليه في ماله وان خطا فعلى العاقلة ◦
ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شيء بقتله لقوله عم من شهر على
المسلمين سيفا فقد ابطل دمه ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله
اذا لم يمكن دفعه الا به ولا يجب على القاتل شيء لانه صار باغيا بذلك ولا شيء ايضا
في قتل من شهر على اخر سلاحا ليلا او نهارا في المصر وغيره او شهر عليه
عصا ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه وهذا لان السلاح لا
يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه
الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا
يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا ان كان عصا لا يلبث يحتمل ان
يكون مثل السلاح عندهما ولا شيء ايضا على من قتل من سرق متاعه ليلا و
اخرجه لم يمكنه الاسترداد بدون القتل لقوله عم قاتل دون مالك اي لاجل
مالك ولان له ان يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له ان يسترده انتهاء اذا لم يقدر
على اخذه منه الا به ولو علم انه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك
يجب القصاص عليه لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل
الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين
والقاضي فلا تسقط عصمته بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح ◦
ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا في مصر لان العصا يلبث والغوث غير منقطع
في المصر فكان بالقتل متعديا ◦ او شهر سيفا وضربه به ولم يقتل ورجع ثم قتله
الاخر فعلى القاتل القصاص معناه لاخر ضربه ثم انصرف لانه خرج من ان يكون محاربا
بالانصراف فعادت عصمته ◦ ولو شهر صبي ومجنون على اخر سيفا فقتله الاخر
وهو المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله لان فعل الصبي والمجنون غير متصف
بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص
على الصبي والمجنون بقتلهما فاذا لم تسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل
نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية ◦ ولو قتل
جملا صال عليه ضمن قيمته لان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لا تتقرر في حق وجوب الضمان
لان العجماء جبار

باب القصاص فيما دون النفس

هو فيما يمكن فيه حفظ المماثلة
اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع اكبر من يد المقطوع
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه
القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها
لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذا الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية
المماثلة وفي العين ان ذهب ضوءها وهي قائمة لا ان قلعت فيجعل على الوجه

تقطر رطبا وتشد عينه الأخرى ويقابل العين بمرآة محماة حتى يذهب ضوءها
عادة فما دام النقلة حيث لا يتصور منه لعدم إمكان رعاية المماثلة وكانت هذه
الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة رضي الله عنهم فحملوا على رضي الله عنه وجوب القصاص
فبين إمكان الاستيفاء بالطريق الذي ذكرناه ❍ وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة
حتى يثبت فيها القود كالموضحة وهي التي توضح العظم ❍ ولا قصاص في عظم سوى
السن لقوله عليه السلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص في عظم إلا
في السن وهو المراد بالحديث ولأن القصاص ينبئ عن المساواة وقد تعذر اعتبارها
في غير السن واختلف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم
من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا
يحتاج إلى الفرق بينه وبين سائر العظام لأنه ليس بعظم ولئن قلنا إنه عظم
فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكن فيقلع إن قلع ويبرد
بالمبرد إن كسر إلى أن يتساويا ❍ ولا قصاص أيضا بين طرفي ذكر وأنثى وحر وعبد
وطرفي عبدين وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف
العبد لأن الأطراف تابعة للأنفس وشرع القصاص فيها للإلحاق بالأنفس ففي كل
موضع يجري القصاص في النفس يجري في الأطراف ولنا أن الأطراف يسلك
بها مسلك الأموال لأنها وقاية الأنفس كالأموال ولا مماثلة بين طرفي الذكر و
الأنثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين
العبدين للتفاوت في القيمة وإن تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس
بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرفي الحرين لأن استواءهما متيقن
به بتقويم الشارع وبخلاف الأنفس لأن القصاص فيها يتعلق بإزهاق الروح
ولا تفاوت فيه ❍ ولا قصاص أيضا في قطع يد من نصف الساعد لأن فيه
كسر العظم ويتعذر التساوي فيه إذ لا ضابط له ولا في جائفة برئت على وجه
يبرأ فيه فيكون إهلاكا فلا يجوز ولا في اللسان ولا في الذكر لأنهما ينقبضان
وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما إلا أن تقطع من الحشفة لأن موضع
القطع معلوم فصار كالمفصل وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصلهما يجب
القصاص لإمكان اعتبار المماثلة والحجة عليه ما بيناه ولو قطع بعض الحشفة أو
بعض الذكر أو بعض اللسان لا يجب القصاص لجهالة مقداره بخلاف ما إذا قطع كل الأذن
أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه
والشفة إن استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المماثلة فيها
بخلاف ما إذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيها ❍ وطرف المسلم والكافر سواء
فيجري القصاص بينهما للتساوي في الأرش وقال الشافعي لا يجري لما ذكرنا من قبله

❍ وخير المجني عليه بين القصاص وأخذ الأرش لو كانت يد القاطع شلاء
أو ناقصة الأصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الأصابع لأن استيفاء
حقه بكماله متعذر فيتخير بين أن يتجوز بدون حقه في القطع وبين أن يأخذ
الأرش كاملا فإن استوفى القصاص سقط في الزيادة وقال الشافعي يضمن
النقصان لأنه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر
استيفاؤه يضمنه ولنا أن الباقي وصف فلا يتضمن بانفراده فصار كما إذا
تعوض بالردي مكان الجيد ولو سقطت يد المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه
ولا شيء له عليه لأن حقه متعين في القصاص عندنا لأن موجب العمد القود عينا وحقه
ثابت فيه فصل اختياره للمال إذا كانت صحيحة فإذا فاتت المحل بطل الحق بخلاف ما إذا
قطعت ظلما أو بسرقة حيث يجب عليه أرش اليد وقال الشافعي يجب الأرش في
الموضعين لأن وجوب المال عنده أصلي كالقود فإذا تعذر استيفاء القود
تعين المال ولنا أن القود هو المتعين على ما بيناه فيفوت بفوات المحل كما إذا مات
من عليه القصاص في النفس بخلاف ما إذا قطعت يده بقصاص أو سرقة حيث
دفع بها حقا مستحقا عليه فصارت له معنى فيضمنه للأول بخلاف النفس إذا وجب على
القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لأن النفس ليست في معنى المال فلم يسلم له
أو كان رأس الشاج أصغر أو أكبر لا يستوعب الشجة ما بين قرنيه وقد استوعب ما بين
قرني المشجوج يخير المجني عليه أيضا بين القصاص وأخذ الأرش لأن الشجة إنما كانت موجبة
لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل
وباستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما لحق المشجوج فيتخير كما في الشلاء والصحيحة
ولو كان رأس المشجوج أكبر يتخير أيضا لتعذر الاستيفاء كاملا لما فيه من زيادة الشين
وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تأخذ
إلى قفا الآخر فهو بالخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه لا قصاص
ولا خيار له لأن في القصاص فيما دون النفس يعتبر المساواة في المحل ولا ينظر
إلى الصغر والكبر كاليد وجوابه أن القصاص في الشجة لأجل الشين وهو يتفاوت
في الصغر والكبر وفي قطع اليد لفوات منفعة البطش وهو لا يتفاوت ولعل
الصغيرة أنفع من الكبيرة فافترقا **فصل** يسقط القصاص بموت القاتل
حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء ❍ وبعفو الأولياء وبصلحهم على مال وإن قل لأن الحق
لهم فيجوز تصرفهم كيف شاؤوا ويجب المال المصالح عليه حالا قليلا كان أو كثيرا
وإن لم يذكروا الحلول والتأجيل لأنه مال واجب بالعقد والأصل فيه الحلول لقوله
تعالى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان قال ابن عباس نزلت
الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا المال

وبين ان يتقاتلوا والمراد والله اعلم اخذ المال برضى القاتل والمقتول والكتابة
فيه سواء لانه ليس فيه شيء مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة
والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بالاكثر من الدية
لانه دين ثابت في الذمة فيكون اخذ الاكثر منه ربوا ولو صالح بعضهم او عفى
اي يسقط القصاص ايضا بصلح بعض الاولياء عن حظه على عوض او بعفوه
ولمن بقي حصته من الدية في ثلاث سنين على العاقلة هو الصحيح لان كل واحد منهم
يتمكن من التصرف في نصيبه استيفاء واسقاطا فيسقط عفوه وصلحه فيسقط
به حقه في القصاص ومن ضرورته سقوط حق الباقين لانه لا يتجزأ لانه لا يتجزى
الا ترى انه لا يتجزى ثبوتا وكذا سقوطا واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة
وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب
دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا ان النبي عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي
من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات
احدهما كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد
الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت لجميع فكل
منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا واذا سقط القصاص ينقلب نصيب
الباقين مالا لانه امتنع القصاص فيه لمعنى في القاتل وليس للعافي شيء من المال ۝
ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف
فصالح فهو نصفان يعني لو كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر القاتل ومولى العبد
القاتل رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل المامور فالالف على الحر
والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فينقسم بدله عليهما
على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فينتصف موجبه وهو الالف
۝ ويقتل الجمع بالفرد والقياس ان لا تقتل الجماعة بالواحد ولكن تركناه باجماع
الصحابة رضي الله عنهم روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه
وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم والفرد بالجمع اكتفاء اي ان حضر اولياؤهم
اي يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفى بذلك وقال الشافعي يقتل بالاول ولو
منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية بعده في تركته لان العاقلة
لا تحمل العمد وان قتلهم جميعا معا او لم يعرف الاول منهم يقرع بينهم و
يقضى القتل لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وقيل اهم جميعا
ويقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات وما تحقق في حقه قتل واحد
ولا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انا تركناه بما ذكرنا على ما بيناه
ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل الا يرى الى الوجوب

في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا القصاص ولولا ان التماثل ثابت لما وجب
القصاص وهذا لان القتل اسم مشترك فهو صورة كون واحد الشخصين متلفا للروح
ان كون الروح متلفا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على انه قتل
له اذ هو يجب في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم او يتوهم عدم المماثلة
فيه كالجائفة وان الثاني لا يتوهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص وان حضر
واحد قتل له وسقط حق البقية اي ان حضر ولي واحد من المقتولين قتل لهم وسقط
حق اولياء بقية المقتولين كما سقط عن المال لحقه الفقه لفوات محل الاستيفاء
فصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف الشافعي لان الواجب عنده احدهما فلو مات احدهما
تعين الاخر كمن قال لامرأته احديكما طالق او قال لعبديه احدكما حر فمات احدهما تعين الاخر
لفوات المحل ۝ ولا يقطع يدان بيد اي اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد
منهما وان امرا سكينا واحدا من جانب على يده فقطعاها معا وقال الشافعي تقطع
ايديهما اعتبارا بالنفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة بها فاخذت حكمها بخلاف ما اذا
امر احدهما السكين من جانب والاخر من جانب اخر حتى التقى السكينان في الوسط وبانت
اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح
الا على بعض العضو ولنا ان كل واحد منهما قاطع للبعض لان ما انقطع بقوة احدهما
لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنين بالواحدة
لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل واحد من جانب اخر بخلاف النفس لان الشرط
فيها المساواة في العصمة لا غير وفي الطرف تعتبر المساواة في النفع والقيمة
ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة من العيوب تقتل بالمفلوج و
المسلول وكذا لا تساوي بالواحدة فلا يصح القياس على النفس ولان زهوق الروح
لا يتجزى فاضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزى الا يرى انه يمكن ان يقطع
البعض ويترك الباقي وفي القتل لا يمكن ذلك ولان وجوب القصاص في النفس
ثبت بالاثر والاجماع على خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها ۝
بل يضمنان ديتها اي يضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل
بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فيجب من مالهما لان
العاقلة لا تحمل العمد ۝ وان قطع رجل يميني رجلين فلهما قطع يمينه
ودية اي نصف الدية بينهما يعني اذا حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة او
على التعاقب وقال الشافعي ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منها ويغرم ارش
اليد للثاني لان يده صارت مستحقة له قصاصا فمنع استحقاق الثاني
القطع وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له القرعة
والارش للاخر لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين وليس احدهما اولى من الاخر

الارض فوجب المضي الى القرعة ولنا ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة
في الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم في التناضي كالغريمين في التركة وهذا لان حق كل
واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه
مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا
استويا في استحقاق رقبته ولو كان يمنع بالاول لما شاركه الثاني فاذا لم يمنع الاول
ثبوت حق الثاني فيها استويا فيقطع لهما اذا حضرا معا لعدم الاولوية ويقضى لهما بنصف
الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان القصاص في النفس حيث يكتفى فيه
بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بيناه ● وان حضر احدهما وقطع يده له فللآخر
الدية اي نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر
الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال ان لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا
كاحد الشفيعين اذا حضر والآخر غائب حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا ثم
اذا حضر الآخر بعد ما قطعت للحاضر وطلب يقضى له بالدية لان يده اوفى بها حقا
مستحقا عليه فيضمن للساعي مثله ولو قضي بالقصاص بينهما ثم عفا احدهما
قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له الارش
لان القاضي بالقضاء اثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما الى البعض فاذا
عفا احدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل ولهما ان الامضاء من القضاء في العقوبات
فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع احدهما يد القاطع مع المرفق سقط
القصاص بذهاب اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما اذا قطعها
اجنبي او سقطت بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حاله لانه اوفى به حقا قبل
قطعها ولا يسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع
وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع
كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا
لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه في القصاص ووجب
عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء اخذ الدية
● وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به وقال زفر لا يصح اقراره لانه
يؤدي الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ او بالمال ولنا ان العبد
غير متهم في مثله لكونه بحقيقة الضرر به فيصح ولان العبد يبقى على اصل
الحرية في حق الدم عملا بالآدمية الا يرى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص
لا يجوز فاذا صح لزمه منه ابطال حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شيء يصح ضمنا
وان كان لا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا
لان موجبه بيع العبد والاستيفاء وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع

لوجوب رد المغصوب او قيمته فجاز استعارته على المستعير وكذا مسئلة الرمي بالعيب فان
كان القطع خطأ فهو كالعمد في هذه الوجوه حتى اذا اطلق بان قال عفوت
عن اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت
عن الجناية او عن القطع او ما يحدث منه كان عفوا عن الجناية او عن القطع وما يحدث
منه كان عفوا عن دية النفس بالاجماع حتى لو مات منه تسقط كل الدية غير
انه يعتبر من الثلث لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من
من الثلث كسائر امواله ● والعمد من كل المال لان موجب العمد القصاص ولم
يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كالاعارة بضعه في مرض موته وانتفع
بها المستعير ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لان المنافع ليست بمال
مطلقا والخطأ من ثلثه لان موجب الخطأ المال وحق الورثة يتعلق به
فيعتبر من الثلث ● والشجة كالقطع في جميع ما ذكرناه ● وان قطعت امرأة
يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فعليه مهر مثلها وعليها الدية في مالها
ان عمدا وعلى عاقلتها ان خطأ هذا عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد او عن
القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج على اليد او على القطع لا يكون
تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص في
الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط اولى لانه لا يمكن
ان يستوفي القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل
وتجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف فاذا
سرى تبين انه قتل لم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك
في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمله فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا
ان استويا قدرا ووصفا وان كان احدهما اكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان
القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا
ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شيء
فيه والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة
بخلاف ما اذا كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة في استيفاء
كل احد منهما حقه فيتقاصان ● وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على
الجناية ثم مات فعليه مهر المثل في العمد لان هذا تزوج على القصاص وهو
ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل ولا شيء عليها لانه رضي بسقوط القصاص
على ان يصير مهرا وهو لا يصلح فسقط اصلا فصار كما اذا اسقط القصاص بشرط
ان يصير مالا فانه يسقط مجانا ويرفع عن العاقلة مقداره اي مقدار مهر
مثلها في الخطأ والباقي وصية لهم اي للعاقلة لان التزوج على اليد وما يحدث

العبد او الفداء على المولى ولا يجب على العبد شي ولا يصح سواء كان العبد محجورا عليه
او ماذونا له في التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا • ومن رمى رجلا عمدا
فنفذ الى اخر فماتا اقتص للاول وعلى عاقلته الدية للثاني لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطأ وهو الخطأ في الفعل فكانه رمى الى حربي فاصاب مسلما والفعل الواحد
يتعدد باثره **فصل** ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا ان تخلل بينهما برء
اى اذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين
او كان احدهما عمدا والاخر خطأ او كانا خطأين وتخلل بينهما برء وان اى وان لم
يتخلل بينهما برء فان اختلفا اى القطع والقتل عمدا وخطأ بان قطع عمدا
وقتل خطأ او عكس اخذ بهما اى بموجب القطع والقتل ايضا وان كانا خطأين
اى لا يؤخذ بموجب القطع والقتل جميعا اذا كانا خطأين ولم يتخلل بينهما برء بل تكفي
دية واحدة وفي العمدين اى فيما اذا كان القطع والقتل عمدين ولم يتخلل بينهما
برء يؤخذ بهما عند ابي حنيفة وعندهما يقتل فقط ولا تقطع يده لان الجمع بينهما
ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصار كالخطأين وهذا لان الجمع بين
الجراحات واجب ما امكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدة يؤدي
الى الحرج فيجمع تيسيرا الا ان لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطأ او تخلل
البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن ان يجعل الثاني تتميما للاول فبقي على
حاله وامكن ذلك قبل البرء فصار كسراية الاول ولابي حنيفة ان الجمع متعذر لان حز
الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص
فكذا اذا كانا من شخص واحد فيقطع الاولياء يده ثم يقتلونه ان شاؤا وان شاؤا قتلوه
من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع
بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة
صورة ومعنى تكون باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا
يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولي بخلاف ما اذا مات
من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب فيه الدية
وهي بدل المحل فالمقتول واحد فيجب بدل واحد الا ترى ان عشرة لو قتلوا واحدا
خطأ تجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا
قتلوا به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل بخلاف
ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل واما اذا كان احدهما خطأ
والاخر عمدا او كانا خطأين وتخلل بينهما برء فلان الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف
حكم الفعلين في الاول ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطى لكل فعل
حكم نفسه • ولو ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة وجبت دية

منها او على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهي تصلح مهرا فصحت
التسمية الا انه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس فيه محاباة
والمريض لا يحجر عليه من التزوج لانه من الحوائج الاصلية فيتقدر بقدر مهر المثل
من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع والدية تجب على عاقلته وقد
صارت مهرا فيسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر ولا يرجع عليهم
بشي لانهم كانوا يتحملون عنه بسبب جنايته فاذا صار ذلك ملكا سقط عنهم فلا
يغرمون لها وان كان مهر مثلها اقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها المذكور
وما زاد على ذلك فان خرج من الثلث سقط عنهم ايضا لانه وصية لهم فيصح لانهم
اجانب والا اى ان لم يخرج من الثلث فبقدر ما يخرج منه الثلث سقط عنهم ويؤدوا
الزيادة الى الولي لانه لا نفاذ للوصية الا من الثلث وكذا الحكم عندهما في
الصورة الاولى اى فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه
عندهما فصار الجواب في الفصلين واحدا عندهما • ومن قطعت يده فمات بعد
ما اقتص له من القاطع قتل قاطعه اى لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له ثم مات المقطوع
الاول قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية
كانت قتلا عمدا وحق المقتص له في القصاص في النفس واستيفاء القطع لا يوجب
سقوط حقه في القتل لان من له القصاص في النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص
ثم قتله لا يجب عليه شي لانه متى استوفى انه لو احرقه بالنار لا يجب عليه
شي غير الاساءة واذا بقي له حق القصاص فولده يقوم مقامه • ومن قتل
له ولي عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه دية اليد عند ابي حنيفة
ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها فسرى الى نفسه فعليه دية النفس عند ابي حنيفة
خلافا لهما فيهما لهما في المسألة الاولى انه لا شي عليه لانه قطع يدا من نفس لو
اتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتد ثم اسلم ثم سرى وهذا لانه يستحق اتلافه بجميع اجزائه
اذ الاجزاء تبع للنفس فيظهر حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفى وهذا لو لم يعف لا
يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفا ثم سرى لا يضمن شيئا والقطع السارى في المسرى
من المقتص او قطع وما عفا وما سرى ثم حز رقبته قبل البرء او بعده فصار كما لو
كان له قصاص في اليد فقطع اصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع
والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابي حنيفة انه استوفى غير حقه
فيضمن وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف الاخر تبعا للنفس و
اذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن في الحال لاحتمال ان يصير قتلا
بالسراية فظهر انه استوفى حقه وحقه في الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق

والشجة فقط لأنه لما برأ منها لا يبقى معتبرة في حق الأرش وإن بقيت في حق التعزير
فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة
وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب وإن ضرب
رجلا مائة سوط وجرحه وبقي الأثر ولم يبق تجب حكومة عدل لبقاء الأثر والأرش
إنما يجب باعتبار الأثر في النفس ● ومن قطعت يده عمدا فعفا عن القطع ثم مات منه
فعلى القاطع الدية في ماله عند أبي حنيفة وعندهما هو عفو عن النفس وإن عفا
عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية فهو عفو عن النفس إجماعا لهما أن العفو
إذا أضيف إلى الفعل يراد به موجبه لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه أحد
الشيئين ضمان الطرف إن اقتصر وضمان النفس إن سرى فيتناولهما ألا ترى أن من جرح
إنسانا فقطع يده فقطعها وسرى إلى النفس لا يجب شيء لأن الإذن بالقطع يتناوله
فكذا العفو عنه يتناول ما يحدث منه وهذا لأن السبب يذكر ويراد به المسبب وهذا
لو برأ المغصوب منه الغاصب عن الغصب كان ذلك براءة عن موجب الغصب وهو
رد العين عند قيامها ورد القيمة عند هلاكها وكذا لو برأ البائع المشتري كان
ذلك براءة عن موجب العيب وهو الرد عند الإمكان والرجوع بالنقصان عند تعذر
الرد ولأبي حنيفة أن حق المجني عليه في القتل دون القطع لأنه لما سرى تبين أنه كان
قتلا من الابتداء فعفوه عن القطع يكون عفوا عن غير حقه فيبطل ألا ترى أن من قال
لا تقطع لي عبدا فكان لا يوجب البراءة عن القصاص في النفس ولو كان القطع يتناوله كما
قال لا تقضي براءة عنه فكذا العفو عن القطع لا يتناول العفو عن القتل لكونه مغايرا له
فلم يصادف العفو محله فيبطل ويجب عليه الدية والقياس أن يجب عليه القصاص
في النفس لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق عمدا إلا أنا استحسنا سقوطه لأن صورة
العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود لأنه أضاف العفو إلى حقه من حيث الظاهر
وذلك يكفي لدرء القصاص لا لسقوط المال لأنه يجب مع الشبهة ولا نسلم أن الساري
نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له
من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو عن القطع لأن القطع ليس باسم للقتل ولا هو
سبب لوجوب القطع الساري لأن القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع
الساري على الجاني حتى يستعار له فلهذا بخلاف العفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث
منه أو عن الشجة وما يحدث منها لأن الجناية اسم جنس يتناول الساري والمقتصر فيكون
عفوا عن القتل ابتداء ألا ترى أنه لو قال لا جناية لي قبل فلان أوجب البراءة عن الكل وأما مسألة
الإذن بالقطع فإنما يسقط الضمان عن القاطع فيها لأنه لما قطعه بأمره انتقل الفعل
إليه فصار في التقدير كأنه هو الذي قطع يد نفسه فمات منه ولو كان يتناول
الساري لوجب الضمان على القاطع وأما مسألة الغصب فلأن الغصب سبب

القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فإذا وجد الاستيفاء ظهر حقه
في الأطراف تبعا وإذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا أصلا ولا تبعا فتبين أنه
استوفى غير حقه وأما إذا لم يعف فإنما لم يضمن لأنه وهو قيام الحق في النفس لاحتمال
أن يهلك قبله وتكون أطرافه مضمونة عليه فإذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب
وإذا سرى فهو استيفاء للقتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع ثم
عفا ثم برأ فهو على الخلاف في الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لأن
القطع ينعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا
يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على أنا لا نسلم ظهور
حقه عند الاستيفاء في التوابع وإنما دخلت في النفس لعدم إمكان التحرز
عنها والأصابع تابعة قياما والكف تابع لها عرضا لأن منفعة البطش
تقوم بالأصابع بخلاف الطرف فإنه تابع للنفس من كل وجه وأما في المسألة
الثانية فلأنه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم السراية إذ الاحتراز عن السراية خارج
عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالإمام إذا قطع
يد السارق فسرى إلى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال
اقطع يدي فقطعها ومات وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصور
أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة ولأبي حنيفة أن حقه
في القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن
وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما
ذكروا من المسائل لأن إقامة الحد واجب على الإمام وكذا الفعل واجب على غيره
من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد وإقامة الواجب لا تتقيد
بشرط السلامة وفي مسألتنا الولي مخير بل العفو مندوب إليه فيكون من باب
الإطلاق كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة

باب الشهادة في القتل واعتبار حالته

● القود يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الإرث
اعلم أن القصاص يثبت للورثة ابتداء عند أبي حنيفة لا أنه يثبت بعد الموت والميت
ليس بأهل له لأن الميت لا يملك شيئا إلا ما له إليه حاجة كالمال مثلا وطريق ثبوته
الخلافة وعندهما طريق ثبوته الوراثة والفرق بينهما أن الوراثة تستدعي سبق الملك
للمورث ثم الانتقال منه إلى الوارث والخلافة لا تستدعي ذلك والمراد بالخلافة هاهنا
أن يقوم شخص مقام غيره في إقامة فعل في القتل إذا اعتدى القاتل على المقتول تعين أنما
اعتدى عليه لكنه عاجز عن إقامته فالورثة قاموا مقامه من حيث إن المقتول ملكه ثم
ينتقل منه إلى الورثة فلا يكون أحدهم خصما عن البقية فيه اعلم أن كل ما يملكه
الورثة فأحدهم خصم عن الباقين حتى لو ادعى أحد الورثة شيئا من التركة على أحد فلم

بينة يثبت حق الجميع فلا يحتاج الباقون الى تجديد الدعوى وكذا اذا ادعى احد
على احد الورثة شيئا من التركة واقام البينة عليه يثبت على الجميع لا يحتاج
المدعي الى ان يدعي على كل واحد وانما علكه الورثة لا بطريق الوراثة فلا
ينتصب احدهم خصما عن الباقين بخلاف الملك في اثبات حقهم بغير وكالة منهم
وباقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغائب بخلاف المال لا يعيده
فلو اقام احد ابنين حجة بقتل ابيهما عمدا والآخر غائب لزم اعادتها بعد
عود الغائب عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي الخطأ والدين لا تلزم بالاجماع
واجمعوا على ان القاتل يحبس اذا اقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس
واجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القصاص الاستيفاء
والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطأ او دينا لانه يتمكن
من الاستيفاء لهما في الخلافية ان البينة متى قامت ممن هو خصم تكون
معتبرة ملزمة فلا يجب اعادتها بعد ذلك واحد الورثة ينتصب خصما
عن نفسه وعن شركائه فيما يدعى للميت وعلى الميت كما في دعوى الخطأ ودعوى
المال والقصاص موروث عن الميت حتى يجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه
قبل الموت ويقضى ديونه منه اذا انقلب مالا وكذا ينفذ وصاياه منه كما في
الدية فاذا لم يجب اعادة البينة في احد بدلي الدم وهو الدية فكذا في البدل
الآخر وهو القصاص ولابي حنيفة ان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد
الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من اهله وانما يثبت للورثة ابتداء
بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت لان قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد
جعلنا لوليه سلطانا الآية نص على ان القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف
الدية والدين لان الميت اهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها
صيد بعد موته يملكه واصل الاختلاف راجع الى ان استيفاء القصاص
حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة
عنده ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الآخرين في اثبات حقهم بغير وكالة
منه ولا يلزمه ان القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب
مالا صار صالحا لقضاء حوائجه فصار مفيدا بخلاف القصاص ولا يلزم ايضا
صحة عفو المورث لانه انما يصح في جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بيناه
ولو برهن القاتل على عفو الغائب فالحاضر خصم وسقط القود لانه
ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه
مالا ولا يمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما
عن الغائب في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضي عليه صار الغائب مقضيا عليه

[illegible]

تبعا له وكذا لو قتل عبد لرجلين واحدهما غائب اي حكمه مثل ما ذكرنا حيث لا يقبل
بينة اقامها الحاضر من غير اعادة بعد عود الغائب ولو اقام القاتل البينة ان
الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا وحاصله ان هذه المسئلة
مثل الاولى في جميع ما ذكرنا الا انه اذا كان القتل عمدا او خطأ يكون الحاضر خصما
عن الغائب بالاجماع والفرق لهما في الكل ولابي حنيفة في الخطأ ان احد الورثة خصم عن
الباقين كما بينا ولا كذلك المولين ● ولو شهد وليا قصاص بعفو ثالثهما لغا اي اذا
كان اولياء المقتول ثلثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما
يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو غير ممنوع لانهما زعما ان القصاص
قد سقط وزعمهما معتبر في حق انفسهما فان صدقهما القاتل فقط دون المشهود عليه
فالدية بينهم اثلاثا لانه لما صدقهما اقر لهما بثلثي الدية فيلزمه لكن يزعمون
كلهم ان نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه في
نصيبه ايضا مالا فيجب عليه كل الدية وان كذبهما فلا شيء لهما وللمشهود عليه ثلث الدية
اي ان كذبهما القاتل ايضا بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء للوليين
الشاهدين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما في
حق انفسهما وادعيا انقلابه مالا فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللولي المشهود
عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما
في حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما
وان صدقهما الولي المشهود عليه فقط دون القاتل غرم القاتل له اي
للمشهود عليه ثلث الدية لانه اقر له بذلك ثم يحتال منه لانه زعم المشهود عليه
انه عفا بتصديقه اياهما فلا شيء له على القاتل ولهما على القاتل ثلثا الدية وما في يده
وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما والقياس ان لا يلزمه شيء لانهما
ادعيا المال على القاتل والقاتل ينكر فلم يثبت وما اقر القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه
وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه
ان القصاص سقط بشهادتهما بالعفو كابتداء العفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف
الوجوب الى غيره وفي مثله لا يرتد الاقرار لكن حول الفعل الى ما له فمال المقر له للشيء و
لكن الفاعل ان مال المال المقر له للثاني كذا هنا ● وان اختلف شاهدا القتل في زمانه
او مكانه او آلته او قال احدهما ضربه بعصا وقال الآخر لا ادري بماذا قتله بطلت
لان القتل لا يتكرر فالقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان آخر او مكان آخر وكذا
القتل بآلة غير القتل بالاخرى ويختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل
قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط للقبول فلم يوجد ولان القاضي
تيقن كذب احدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا يقبل مثله وكذا لو كمل النصاب في كل

واحد منهما لتيقن القاضي بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول عند فوات ما
اذ يحتمل احد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكلام منهما لعدم المعارض وكما اذا
بين احدهما الآلة وقال الآخر لا ادري بماذا قتله فان المطلق يغاير المقيد لانه
معدوم والمقيد موجود فاختلفا وكذا ايضا حكمهما مختلف فان من قال قتله
بعصا يوجب الدية على العاقلة ومن قال لا اعلم على القاتل فاختلف المشهود به
فبطلت وهو المراد بقوله او قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بماذا قتله وكذا
لو شهد احدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف
المشهود به لان احدهما فعل والآخر قول وان شهدا بالقتل وجهلا الآلة لزمته الدية
في ماله استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة اصلا لانهما شهدا بقتل مجهول
لان الآلة لما جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فتكون
هذه غفلة من الشهود وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل
لامكان العمل به فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة
بل يحمل على انهما سعيا للدرء المندوب اليه في العقوبات احسانا للظن بهما ومثل ذلك
سائغ شرعا لان الشرع اطلق الكذب في اصلاح ذات البين على ما قال النبي عم ليس
بكذاب من يصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى خيرا فهذا مثله او احق منه فيحمل عليه
فاذا ثبت جهلهما او تحرزهما بالشك وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان
المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك . ولو اقر كل من رجلين بقتل زيد وقال
وليه قتلتماه جميعا فله قتلهما ولو شهدوا بقتل زيد عمرو وآخران بقتل بكر
اياه وادعى وليه قتلهما لغا والفرق بينهما ان كل واحد من الاقرار والشهادة
يتناول كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه ان يجب القصاص
عليه وحده لان معنى قوله انا قتلته انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتله
فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلتماه جميعا تكذيب لبعضه
حيث ادعى اشتراكهما في القتل وطائفة حال لم ينفرد بقتله بل شاركه آخر وهذا
القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لانه عائد فيفهم به دون الاقرار لان تكذيب
المقر يمنع صحة الاقرار ولو قال المقر صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان
تصديقه كل واحد تكذيب للآخر لان كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل فتصديقه
يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما
تقول فيكون مقرا بان الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قتلتماه لانه دعوى
القتل من غير تصديق لهما فاحتملهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله وقامت البينة
على آخر انه قتله وقال الولي قتلتماه كان له ان يقتل المقر دون المشهود عليه
لان فيه تكذيب البعض موجبه وعلى هذا لو قال لاحد المقرين صدقت انت قتلته

وحدك كان له ان يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه وكذا اذا قال لاحد
المشهود عليهما انت قتلته كان له ان يقتله لعدم تكذيب شهوده عليه وانما التكذيب
للآخر وكذلك الحكم في الخطأ في جميع ما ذكرنا **فصل** والعبرة بحالة الرمي
لا الوصول في تبدل حال المرمي عند الامام لان الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده
فوجب اعتبار حاله وقت الحظر والضمان عند ذلك فلو رمى مسلما فارتد المرمي
اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه فوصل اليه السهم فمات يجب
على الرامي الدية عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما قالا لا شيء عليه
لان التلف حصل في محل لا عصمة له واتلاف غير المعصوم هدر وهذا
لانه بارتداده سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه فصار
كما اذا ابراه في هذه الحالة وهذا لان اخراج نفسه عن التقوم كالابراء الا ترى
ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان ولابي حنيفة
ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ هو الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة
ولا فعل له اصلا بعده فيصير قاتلا بالرمي والمرمي اليه متقوم في تلك الحالة الا ترى
انه لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله فاصاب السهم الصيد
وهو مرتد فجرح الصيد ومات حل اكله وكذا لو كفر بعد الرمي قبل الاصابة
جاز تكفيره فكان العبرة بحالة الرمي وكان القياس ان يجب القصاص لما ذكرنا
ولكن فيه شبهة لسقوط العصمة في حالة التلف فتجب الدية . ولو رمى
مرتدا فاسلم قبل الوصول لا يجب شيء اتفاقا لان الرمي لم ينعقد موجبا
للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك
وهذا كله يشهد لابي حنيفة . قال ولو رمى عبدا فاعتق بعد الرمي قبل
الاصابة فوصل فمات منه فعليه قيمته عبدا عند ابي حنيفة وقال
محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي لان العتق قاطع للسراية واذا
انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية تنقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى حالة
قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته الف درهم قبل الرمي وثمانمائة
بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية الا ترى ان من قطع يد
عبد ثم اعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه الا ارش اليد مع النقصان
الذي نقصه القطع الى العتق وهو بنفس الرمي صار جانيا عليه لانه يوجب النقصان
كالقطع ولابي حنيفة ان الرامي يصير قاتلا له من وقت الرمي وهو مملوك
في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف
لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم لا سراية
لا يوجب شيئا لانه لو اوجب شيئا لوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور

حقه فيه فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل
لا تتبدل التسوية فكذا هنا اما الرمي فقبل الاصابة فليس باتلاف شي منه لانه لا اثر له
في المحل وانما قلنا فيه العصيان فلا يجب به الضمان قبل الاتصال بالمحل ولكن انعقاد
الرمي علة تامة لايجاب الضمان عند الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند
الوجوب الى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البداية فيجب قيمته للمولى • وان رمى
محرم صيدا ثم حل قبل الاصابة فوصل وجب الجزاء وان رماه حلال ثم احرم قبل الاصابة
فوصل فلا يجب الجزاء لان الجزاء يجب بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام وقد وجد
ذلك في الاول دون الثاني • قال ومن قضي عليه برجم فرجع شهوده او احدهم
بعد الرمي قبل الاصابة فوصل اليه الحجر لا يضمن الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو
مباح الدم فيها • ولو رمى مسلم صيدا فتمجس قبل وصول السهم الى الصيد فوصل
حل اكله وفي العكس حرم يعني لو رمى الصيد وهو مجوسي فاسلم قبل وصول
السهم لا يحل اكله لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة لانه
فعله ويخرج عن قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنده

كتاب الديات

الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس وهو مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى
وليه ذلك سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر • الدية المغلظة من الابل
مائة ارباعا بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع من كل خمس وعشرون
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عم الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط
والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل اربعون منها من ثنية الى بازل
عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف ان التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد
ومعنى التغليظ يتحقق بايجاب سن لا يجب في الخطأ ولهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانه لا يجب
فيه ارباعا فعلم ان المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة ان الدية مقدرة
بمائة من الابل قال النبي عم في نفس المؤمن مائة من الابل ولو اوجبنا الخلفات
لزاد الواجب على المائة من جهة ان ما في بطونها حيوان من وجه ولهذا عرضية الا ان يقصد افضاء
ذلك بايجاب الزيادة على التقدير الشرعي ولا يجوز وما روياه غير ثابت لان الصحابة
رضي الله عنهم اختلفوا في صفة التغليظ فمذهب ابن مسعود ارباعا كما ذهبنا وعند
علي رض اثلاثا ثلثة وثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة
ومذهب عثمان رض يجب اثلاثا من كل جنس ثلثة وثلثون وثلث ومذهب عمر وزيد
ابن ثابت والمغيرة وابي موسى اثلاثا كمذهبهما ولم تجر المحاجة بينهم ولو كان صحيحا

لحجه ولو صح لا تفاق بينهم ولا تعارضوا بمثله لان المعول لا تعارضت الاخبار
كان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى اولى ولا تغليظ في غير الابل لان الشرع
ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للرأي
فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف
في التقدير بغير الابل وهي اي الدية المغلظة في شبه العمد • والدية المخففة
وهي في الخطأ وما بعده من الذهب الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم
ومن الابل مائة اخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة من كل عشرون
لما روى ابن مسعود رض ان النبي عم قال في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة
وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض رواه ابو داود والترمذي
واحمد وغيرهم ولا دية من غير هذه الاموال الثلثة عند ابي حنيفة وقالا منها ومن
البقر ايضا مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان
لما روى عن جابر رض ان النبي عم فرض في الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل
البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة رواه ابو داود
وكان عمر رض يقضي بذلك على اهل كل الاصناف كذا وكل حلة ثوبان ازار ورداء
وهو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل ولابي حنيفة ان التقدير
انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر
بها ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها
فلا يعدل عن القياس والاثار التي وردت فيها تحتمل القضاء بها بطريق الصلح
فلا يلزم حجة وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او على مائتي بقرة
لا يجوز وتاويله انه قولهما • وكفارة شبه العمد والخطأ عتق رقبة مؤمنة
فان عجز فصيام شهرين متتابعين كما ذكر في القرآن وشبه العمد خطأ في حق
القتل وان كان عمدا في حق الضرب فتناولهما الاية ولا يختلفان فيه
لعدم النقل بالاختلاف ولا اطعام فيها لانه لم يرد به نص والمقادير لا تعرف
الا سماعا وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم تبعا له والظاهر
سلامة اطرافه على ما عليه الجبلة لا الجنين لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته
ولم يجز لانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص • والدية للمرأة في
النفس وما دونها نصف ما للرجل روي ذلك عن علي رض موقوفا ومرفوعا وللذمي
مثل ما للمسلم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عم
عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وقال الشافعي دية
النصراني واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم لما روي
ان النبي عم جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي

ثمانمائة درهم ولنا ما روى عن ابن عباس رض ان النبي عم ودى العامريين اللذين كان
لهما عهد من رسول الله عم وقتلهما عمرو بن امية الضمري بمائة من الابل وقال عم دية
كل ذي عهد في عهده الف دينار وعن الزهري ان ابا بكر وعمر رض كانا يجعلان
دية الذمي مثل دية المسلم وقال علي رض انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا وهو ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى
اهله ولا دلالة عليه لان المراد منه ظاهر ما هو المراد من قوله تعالى في قتل المؤمن
ودية مسلمة الى اهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم انفسهم بالدار فوجب ان
يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب ان يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم ان لو كانوا مسلمين
الا ترى ان اموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم
فاذا كان هذا في اموالهم فما ظنك في انفسهم ودية المستامن مثل دية الذمي في الصحيح
لما روينا **فصل** في النفس الدية لما روينا والمراد نفس الحر ويستوي فيه الصغير
والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي لاستوائهم في الحرمة والعصمة وكذا
في المارن وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه او قطع الارنبة وهو طرف الانف
او قطع المارن مع القصبة لما فيه من ازالة الجمال ولا يزيد على دية واحدة لان الكل
عضو واحد ولان فيه تفويت المنفعة على الكمال فان منفعة الانف ان يجمع الروائح في
قصبة الانف لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن وفي اللسان اذا منع النطق
او اداء اكثر الحروف لان الادمي يمتاز عن سائر الحيوان بالنطق وبه من الله تعالى بقوله
خلق الانسان علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام غيره
اغراضه وذلك يفوت بقطعه وكذا يجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام
لان الدية تجب لتفويت المنفعة لا لتفويت صورة الالة وقد حصل الامتناع
من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم على عدد حروف
اللسان وهي التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين و
الشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما اصاب الفائت لزمه
ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء ولا
الشفوية وهي الباء والميم والواو وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل
منه الافهام والاصل فيه ما روى عن علي رض انه قسم الدية على الحروف فما قدر عليه
من الحروف اسقط بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه الزمه بحسابه منها . وفي
الصلب ان منع الجماع او انقطع ماؤه وفي الافضاء اذا منع استمساك البول
وفي الذكر لان فيه تفويت منفعة جمة من الوطي والايلاد واستمساك البول
والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وفي الحشفة

لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له وفي العقل اذا ذهب
بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان يمتاز به عن غيره من الحيوان ولا
ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وفي السمع وفي البصر وفي الشم وفي الذوق
لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى عن عمر رض انه
قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على راسه ذهب
بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف الذهاب والقول
قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر
يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين عدلين منهم حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس
مفتوح العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية
فان هرب منها علم انها لم تذهب والا فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان
يتغافل ثم ينادى فان اجاب علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب وفي اللحية ان قطعت
و لم تنبت وفي شعر الراس ان حلق ولم ينبت لانه ازال جمالا على الكمال وقال
مالك والشافعي لا يجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي
ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولنا قول علي رض في الراس اذا حلق ولم ينبت الدية
كاملة والموقوف في هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه بالراي
ولانه فوت عليه جمالا على الكمال لان اللحية في اوانها جمال وكذا شعر الراس الا
ترى ان الاصلع يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية والدليل على انه جمال قوله عم
ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب وفي
الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من اطراف اللحية واختلفوا
في لحية الكوسج والاصح انه ان كان على ذقنه شعرات معدودة ليس في حلقه
شيء لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا و
لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس
بكوسج وفي لحيته جمال كامل وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى
كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق لفعل الجاني اثر فصار كالضربة التي لا يبقى
اثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم فان نبت ابيض فقد
ذكر في النوادر انه لا يلزمه شيء عند ابي حنيفة في الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر
اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير اوانه فيجب حكومة
العدل باعتباره وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه ينتقص به قيمته
ويستوي العمد والخطا في الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة
فلا يثبت قياسا وانما ثبت نصا او دلالة والنص انما ورد في النفس والجراح
وهذا ليس في معناها لانه لم يتالم به ولا يتوهم فيه السراية كما في النفس

والجراحات ونحو ذلك سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوي فيه الصغير
والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء عليه وكذا
الحاجبان يجب فيهما دية كاملة لتفويت الجمال على الكمال والاهداب ويسمى اشفارا
ايضا هكذا محمد وفي اشفار العينين الدية كاملة تسمية للحال باسم المحل فمعنى الدية
لانه تفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهو دفع القذى عن العين والاصل
في الاعضاء انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال
يجب فيه كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه
واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له دليله ما روي عن
سعيد بن المسيب رض ان النبي عم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن
الدية ومثله ذكره عم في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم والنص الوارد في البعض
يكون واردا في الباقي دلالة لانه في معناه والاعضاء على خمسة انواع منها ما هو
افراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار ومنها ما يزيد على ذلك
ففي كل واحد من الافراد تجب دية كاملة على ما ذكرناها وفي كل اثنين دية وكذا
في الارباع والاعشار وما يزيد عليها كذلك وفي اللحيين وفي الاذنين
وفي الشفتين وفي ثديي المرأة وفي اليدين وفي الرجلين وفي اشفار العينين
وفي كل واحد مما هو اثنان في البدن نصف الدية ومما هو اربعة ربعها
لانه روي ان النبي عم قال في العينين الدية وفي احديهما نصف الدية وفي اليدين
الدية وفي احديهما نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احديهما نصف الدية
ولان في تفويت اثنين منها تفويت جنس المنفعة او تفويت الجمال على الكمال فيجب كل الدية
وفي تفويت احديهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف وهذا لان في تفويت العينين
واليدين والشفتين تفويت منفعة الابصار والبطش وامساك الطعام عند الاكل و
منفعة الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي وفي الاذنين تفويت
الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله عم في الاذنين بالدية وفي ثديي المرأة تفويت
منفعة الارضاع بخلاف ثديي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على
الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المرأة كل الدية وفي احديهما نصف الدية لفوات
منفعة الارضاع وامساك اللبن لانه اذا لم يكن لثديها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام
عند الارتضاع وفي اشفار العينين الدية اذا قلعها ولم ينبت وفي احدها ربع الدية
لانها يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذى وتفويت ذلك ينقص البصر
ويورث العمى فاذا وجب في الكل الدية وهي اربعة تجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين
نصف الدية وفي الثلاثة ثلاثة ارباع الدية وقال محمد في اشفار العينين الدية كاملة
اذا لم ينبت اراد به الشعر لان الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وانها لا يكون مستقيما

الا في كل واحد من الشعر ومنابته دية كاملة ولا يتعدد المعنى ولو قطع الجفون
باهدابها يجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع
القصبة والموضحة مع الشعر وفي كل اصبع من يد او رجل عشرها لقوله عم
وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت منفعة المشي او البطش
وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق ما
رويناه ولان الكل سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالاسنان واليد اليمنى
مع اليسرى وفي كل مفصل منها مما فيه مفصلان نصف عشرها اي نصف دية الاصبع لانه
نصفها ومما فيه ثلاثة مفاصل ثلثه اي ثلث دية الاصبع لانه ثلثها وهو نظير انقسام
دية اليد على الاصابع وفي كل سن نصف عشرها اي نصف عشر الدية وهي خمس
من الابل او خمسمائة درهم لقوله عم في كل سن خمس من الابل وهي كلها سواء
لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض طرقه والاسنان كلها سواء ويزيد دية
هذا الطرف على دية النفس بثلاثة اخماس الدية لان للانسان اثنان وثلاثون
سنا عشرون ضرسا واربعة انياب واربع ثنايا واربع ضواحك فاذا وجب
في الواحدة نصف عشر الدية يجب في الكل دية وثلاثة اخماس الدية وذلك ستة عشر
الف درهم هذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه من قبل
وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية وان كان قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها لان
وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة فاذا زالت منفعته كلها وجب عليه موجب
كله ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا
تجردت عن الاتلاف بان اتلف عضوا ذهب منفعته فحينئذ يجب فيه حكومة عدل
اذا لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء او ارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة
وهذا لانه من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارها مع المنفعة بل
يكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هي المنفعة فقط عند الاجتماع وكم من شيء يكون
تبعا لغيره عند الاتصال فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد بالاتلاف يكون له ارش
الا ترى ان الاعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها ارش اذا تلفت معها واذا انفرد
بالاتلاف كان له ارش **فصل** لا قود في الشجاج الا في الموضحة لانه لا يمكن اعتبار
المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي اليه السكين وما فوقها كسر العظم
ولا قصاص فيه لقوله عم لا قصاص في العظم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي
ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد في الاصل وهو الاصح لانه يمكن
اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف فيسبر
غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق
استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي ان النبي عم

قضى بالقصاص في الموضحة ولان المساواة فيها ممكنة بانتهاء السكين الى العظم فيتحقق استيفاء
القصاص وخطأ اي في الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وهي التي توضح العظم
وفي الهاشمة وهي التي تهشم العظم عشرها وفي المنقلة وهي التي تنقل العظم عشر
ونصفه وفي الآمة وهي التي تصل الى ام الدماغ ثلثها لما روي في كتاب عمرو بن حزم
ان النبي عم قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة
وفي الآمة ويروى مأمومة ثلث الدية وكذا اي ثلث الدية في الجائفة لقوله
عم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضه انه حكم فان نفذت فهما جائفتان وتجب
ثلثاها لما روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي
الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منها الثلث وهي تكون في
الراس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا يكون الا في الراس والوجه ومراده بحلق الجائفة
فيما فوق الحلق وفي كل من الحارصة وهي التي تشق الجلد ولا تخرج الدم والدامعة
وهي التي يخرج منه دماء تشبه الدمع سمي بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع
من المقلة ومراده من عينيه ترمح بسببه الم يحصل له منها والدامية وهي التي تسيل
الدم وذكر المرغيناني ان الدامية هي التي تدمي من غير ان تسيل منها دم هو الصحيح مروي
عن ابي عبيد والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ
في اللحم فتقطعه كله ثم تتلاحم بعد ذلك اي تلتئم وتتلاصق سميت بذلك تفاؤلا
على ما تؤول اليه والسمحاق وهي جلدة فوق العظم تصل اليها الشجة حكومة عدل
لان هذه ليس فيها ارش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل
وهو ماثور عن ابرهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وعن محمد فيها القصاص كالموضحة
لما بيناه والشجاج تختص بالوجه والراس والجائفة بالجوف والجنب والظهر
وما سوى ذلك جراحات وفيها حكومة عدل وهي اي حكومة العدل ان تقوم
عبدا بلا هذا الاثر ومعه فما نقص من قيمته وجب بنسبته من ديته فان
كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب
ربع عشر الدية به يفتى ● وفي اصابع اليد وحدها او مع الكف نصف الدية لان في
كل اصبع عشرا من الابل لما روينا فكان في الخمس خمسون ضرورة وهو النصف ولان في قطع الاصابع
تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر وانما لا يجب الارش بسبب الكف لان الكف تبع
للاصابع في حق البطش لان قوة البطش بها ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل
اي اذا قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف
الساعد وهو قول ابي حنيفة ومحمد ورواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على
الاصابع من اليد والرجل الى المنكب والى اصل الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية
لان الشارع اوجب في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة

الى المنكب والرجل الى اصل الفخذ فلا تزيد على تقدير الشرع ولهما ان الساعد ليس
له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر فيه كالكف وقوله الظاهر
ان اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش ومنفعة البطش
تتعلق بالاصابع والكف تبع لها في البطش فكذا في الارش ولا يقع البطش بالساعد
اصلا ولا تبعا فلا يدخل في ارشه ولانه لو جعل تبعا لا يخلو اما ان يجعل تبعا للاصابع
او للكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثاني لان الكف تبع للاصابع
والتبع لا يتبع ولا نسلم ان اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هي اسم الى الزند
اذا ذكرت في باب السرقة وفي قطع كف فيها اصبع عشر الدية وان كان فيها
اصبعان خمسها ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجب الاكثر من
ارش الكف ودية الاصبع والاصبعين ويدخل الاقل فيه اي في الاكثر لان الجمع بين
الارشين متعذر اجماعا لان الكل شيء واحد اذ ضمان الاصبع هو ضمان الكف وضمان
الكف هو ضمان الاصبع وكذا اهدار احدهما متعذر ايضا لان كل واحد منهما اصل
من وجه اما الكف فلان الاصابع قائمة به واما الاصابع فلانها هي الاصل
في منفعة البطش واذا كان كل واحد منهما اصلا من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا
فيمن شج انسانا وتناثر بعض شعره يدخل القليل في الكثير ولابي حنيفة ان
الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا
حكما لان الشرع جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب في اليد نصف الدية ثم جعل
في كل اصبع عشرا من الابل فمن ضرورته ان يكون الكل بمقابلة الاصابع دون الكف
والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل ولا يعارضه حتى يصار
الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة
الا ترى ان الصغار اذا اختلطت مع المسان تجب فيها الزكاة تبعا وان كانت الصغار اكثر تبعا
للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان احدهما ليس بتبع للآخر ولان ارش الاصبع ثابت
بالنص وليس في الكف ارش مقدر شرعا وانما يثبت بالراي والاجتهاد وذلك لا يصلح
لابطال المنصوص عليه لان الاجتهاد لا يصار اليه الا للضرورة عند تعذر العمل بالنص
النقل او شبهة فكيف يصار اليه مع وجوده لاجل ابطاله وهذا خارج عن القواعد
وان فيها ثلاث اصابع فدية الاصابع وهي ثلاثة اعشار اجماعا ولا يجب في الكف شيء
لان الاصابع وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة وفي الاصبع
الزائدة حكومة عدل لانه جزء من الآدمي فيجب الارش وان لم يكن فيها نفع ولا
زينة كما في السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زائدة مثلها لان التساوي
شرط لوجوب القصاص في الطرف وان لم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع
طرف العبد واذا تعذر القصاص بشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر في الشرع

يجب فيها حكومة عدل وكذا في الشارب وهو تبع للحية وقد قيل السنة فيه
الحلق فلم يكن جمالا كاملا ولحية الكوسج حيث لا يجب فيها شيء لان اللحية فيه
اثر الحلق فلا يلحقه الشين بالحلق لا ببقاء الشعرات يلحقه ذلك وثدي الرجل
لا منفعة فيه ولا جمال وذكر الخصي والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء
والعين العوراء والرجل العرجاء لعدم فوات المنفعة والسن السوداء لا جمال
فيه وكذا في عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحة ذلك بما يدل على ابصاره
وتحرك ذكره وكلامه لان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها
لا يجب ارشها كاملا بالشك واستهلال الصبي ليس بكلام بل مجرد صوته و
صحة اللسان بالكلام والذكر بالحركة والعين بما يستدل على النظر فاذا عرف
صحة ذلك فهو كالبالغ في العمد والخطا اذا ثبت ذلك بالبينة او باقرار
الجاني فان انكر ولم تقم به بينة فالقول قول الجاني وكذا اذا قال لا اعرف صحته
لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة • وان شج رجلا فذهب عقله او شعر
راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء
اذ لا ينتفع بها بدونه فصار بالنسبة الى سائر الاعضاء كالنفس وقد دخل ارشها
كما في النفس وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر سقط وتجب الدية بفوات
كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة
فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده كلها ثم اصله ان الجناية متى وقعت
على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش احدهما اكثر دخل الاقل في الاكثر
في هذا بين ان يكون الجناية عمدا او خطا وان وقعت على عضوين وجب لكل
واحد منهما ارشه سواء كان عمدا او خطا عند ابي حنيفة لسقوط القصاص
به عنده وعندهما يجب لذلك القصاص ان كان عمدا وامكن الاستيفاء والا فكما قال
ابو حنيفة وان ذهب سمعه وبصره او كلامه فلا يدخل اي لو شجه موضحة فذهب
احد هذه الاشياء لا يدخل ارش الموضحة في ارش احد هذه الاشياء وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يدخل ارش الموضحة في دية السمع والكلام ولا يدخل
في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة واما السمع و
الكلام فيبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل في ارش العقل
ولهما ان كل واحد من هذه المنافع اصل بنفسها فيتعدد حكم الجناية بتعددها
ولا يدخل بعضها في بعض دون العقل لتعدد اثر الفعل لا باعتبار الفعل بخلاف العقل
لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس
او لان ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت
ولا كذلك سائر الاعضاء او لان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح

للجسد وقال الحسن ارش الموضحة لا يدخل في دية العقل ايضا لاختلاف محل الجناية فان
محل العقل غير محل الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر لاتحاد سببهما على ما بيناه والجواب عنه
ما بيناه وان شجه موضحة فذهب بها عيناه فلا قصاص ويجب ارشها وارش العينين هذا
عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين ولا قصاص
في اصبع قطعت فشلت اخرى بجنبها عند ابي حنيفة وعندهما يقتص في المقطوعة
ويجب الدية في الاخرى وعنده لما لم يجب القصاص في العضوين يجب ارش كل
واحد منهما كاملا ولو قطع مفصلا الاعلى فشل ما بقي فلا قصاص بل الدية
فيما قطع وحكومة عدل فيما شل بالاجماع ولا قصاص ايضا لو كسر نصف سن
فاسود باقيها او اصفر او احمر بل يجب دية السن كلها بالاجماع وكذا لو احمر
او اخضر او اصفر ولو قال اقطع المفصل الاعلى واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
من السن واترك الباقي لم يجب له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار
كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الباقي ليس له ذلك والاصل عنده
ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا
واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان عضوا واحدا لا يجب
لهما في الخلافية ان الفعلين في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل يتعدد
بتعدد اثره فصار كجنايتين مبتدأتين والشبهة في احدهما لا يتعدى الى الاخرى
كمن رمى الى رجل فاصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني
وكمن قطع اصبعا فاضطربت السكين فاصاب اصبعا اخرى خطا فانه يقتص للاولى ودية
الثانية بخلاف كسر نصف السن لان اسود ما بقي منها او قطع من المفصل الاعلى
فشل ما بقي منها او شلت اليد كلها لانه لا يمكن ان يجعل كفعلين متباينين لاتحاد
الفعل والمحل لان الجزء بالشلل والجرح الاول بالسراية وشرط التساوي فسقط
القصاص ووجب المال والدليل على انه سراية ان فعله اثر في نفس واحدة
والسراية عبارة عن الاثر المتعاقب من الجناية على البدن ويتحقق ذلك في نفس
واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع النفس بان مات من الجناية
بخلاف نفسين لان الفعل في النفس الثانية ما اثره على حدة ليس سراية
الجناية الاولى لانه لا يتصور السراية من نفس الى نفس ولا بد ان يجعل ذلك فعلا
على حدة وفي النفس الواحدة لا يحتاج الى ان يجعله كفعلين لانه فعل واحد حقيقة
والسراية فيها متصورة فاورثت سرايته شبهة الخطا في السراية لان الفعل اذا
صادف لا يوجب القصاص بجنايته اثر كذلك في سرايته بخلاف ما اذا اضطرب السكين
فقطع اصبعا اخرى حيث يجب القصاص في الاولى لان القطع في الاخرى ليس بالفعل الاول
ولا باثره بل فعل اخر مقصود فيعتبر حكمه او نحو ان ذهاب البصر ونحوه فصار كطرفين

التسبيب فان الفعل الاول باق على اسمه والاصل في سراية الافعال ان يبقى الاول
بعد ما حدثت السراية كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا
الشجة والقطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسبيبا الى ذهاب البصر
ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبيب لا يوجب القصاص وعن محمد في المسألة الاولى وهو
ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيما رواه ابن سماعة عنه ووجهه
ان سراية الفعل تنسب الى الفعل شرعا حتى يعد الفاعل مباشرا للسراية حتى وجب به
كالو سرى الى النفس فانه يجب القصاص وتعتبر عدم تطرق المباشرة بخلاف ما لو
قطع اصبعا فشلت بجنبها اخرى او شجه موضحة فذهب بها سمعه او كلامه حيث
لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام وانما يجب في المقطوعة والموضحة فقط
لانه لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام لعدم الامكان وفي البصر يجب
لامكان الاستيفاء الا يرى انه لو اذهب وحده بفعل مقصود منه يجب
القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض
السن فسقطت ففيه القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة
لا قصاص فيها ولو شجه فاوضحه ثم شجه اخرى فاوضحه فتآكلتا حتى صارتا
شيئا واحدا فلا قصاص فيهما في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد يجب القصاص
والوجه فيهما ما بيناه ولو اسودت كلها بضربه وهي قائمة فالدية في الخطأ
على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لتعذر الامكان وكذا
اذا كسر بعضه واسود الباقي او احمر او اخضر يجب فيه الارش كاملا ولا يجب
فيه القصاص وروى محمد عن ابي حنيفة ان الصفرة في الحر لا يوجب شيئا
وفي العبد يوجب حكومة عدل لان الصفرة من الوان السن والمقصود من
السن الانتفاع والصفرة لا تخل به غير ان المقصود من المملوك المالية وهي
قد تنتقص بالصفرة وان اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول
قول الضارب قياسا لانه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار
انكاره له كانكاره اصل الفعل وفي الاستحسان القول قول المضروب لان
ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه السبب الظاهر الا ان يقيم الضارب
البينة انه لغيره ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط ارشها عند ابي حنيفة
خلافا لهما حيث قالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والذي
نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كمن اتلف مال انسان فحصل للمتلف
عليه مال اخر ولابي حنيفة ان الجناية قد زالت معنى لان الموجب فساد
المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة بها ولا الزينة وعن
ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل هذا اذا نبتت مثل الاولى

وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند ابي حنيفة ولو نبتت الى النصف فعليه
نصف الارش وفي سن الصبي لو قلع فنبت مكانها يسقط ارشها اجماعا لان الموجب فساد
المنبت ولم يفسد فلم تفت المنفعة به ولا الزينة وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها
فنبت عليها اللحم لا يسقط ارشها اجماعا لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود
وفي النهاية قال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة
والجمال واما اذا عادت فلا شيء عليه كما لو نبتت وكذا لو قطع اذنه فالصقها
فالتحمت يجب على قاطعها ارشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه ○ ومن قلعت سنه
فاقتص من قالعها ثم نبتت سن المقتص له فعليه اي على المقتص له دية سن المقتص منه
لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها
اخرى فانعدمت الجناية ○ ويستأنى في اقتصاص السن والموضحة حولا لانه ينبت
فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فاذا مضى الحول ولم ينبت قضينا القصاص
ثم اذا نبتت تبين انا اخطانا فيه وكان الاستيفاء بغير حق غير انه سقط القصاص
للشبهة فتجب المال وفي النهاية الصحيح انه يستأنى في سن البالغ حتى يبرأ لان
نباته نادر ولا يفيد تاجيله الى سنة فيؤجل الى البرء ليعلم عاقبته وعوده الى التمام
وكذا لو ضرب سنه فتحركت ينتظر حولا ليظهر اثر فعله فلو جاء الى القاضي
فجاء المضروب وقد سقطت سنه واختلفا في سبب سقوطها فان كان قبل
مضي السنة فالقول للمضروب ليفيد التاجيل وان كان بعد مضيها فللضارب
لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب للتبين ولو لم تسقط فلا شيء على الضارب
○ ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر يسقط الارش عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل
لم يزل وعند محمد اجرة الطبيب لان ذلك لزمه بفعله فكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه
للطبيب ولابي حنيفة ان الموجب هو الشين الذي لحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال
ذلك بزوال اثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحين او
بشبهة العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزمه الغرامة
وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه لا قيمة لمجرد الالم الا يرى ان من ضرب انسانا ضربا مؤلما
من غير جرح لا يجب عليه شيء من الارش وكذا لو شتمه شتما يؤلم قلبه لا يضمن شيئا وكذا
لو جرحه بضرب فزال اثره سقط الارش وان بقي فحكومة عدل بالاجماع لما ذكرنا
○ ولا يقتص لجرح او طرف او موضحة الا بعد البرء لما روي ان النبي عم نهى ان
يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها
لا حالها لانه يسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء فيستقر به ○
وكل عمد يسقط فيه القود لشبهة كقتل الاب ابنه فالدية فيه في مال القاتل

وكذا ما وجب صلحا او اعترافا ولم يكن نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس رض
موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان
العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا وذلك يليق بالخاطئ لانه معذور ولا المتعمد لانه
يوجب التغليظ والذي وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد
وانما تتحمل ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمل العاقلة لانه لا ولاية له الا على نفسه دون
عاقلته فيلزمه دونهم وانما لا تحمل اقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدي الى الاجحاف
والاستئصال بالجاني والتحمل تحرزا عنه ولا حاجة اليه ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث
سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا [illegible]
وما دون ارش الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه
يجب في سنة ۝ وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته لما روي ان مجنونا
صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رض فجعل عقله على عاقلته بمحضر من
الصحابة رض وقال عمده وخطاه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة قال النبي م
من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف
حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهم اعذر اولى بهذا التخفيف فتجب على
العاقلة اذا كان الواجب قدر نصف العشر واكثر كما في ما دونه لانه يسلك
به مسلك الاموال كما في البالغ العاقل ولا نسلم تحقق العمد منهم لانه عبارة
عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهم عديمو العقل او قاصروه
فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم ولا كفارة فيه لانها كاسمها ستارة
ولا ذنب لهم لتستره لانهم مرفوعو القلم ولان الكفارة دائرة بين العبادة و
العقوبة بمعنى ان فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهم عبادة
ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة دائر بين الحظر والاباحة لكون الفعل متعلقه
بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكذا لكونه يبتني
على الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة ولا حرمان الارث
لانه عقوبة وهم ليسوا من اهلها والمعتوه كالمجنون

فصل

ومن ضرب بطن
امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم وهي نصف عشر الدية الغرة
الخيار غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة وقيل انما
سمي ما يجب في الجنين غرة لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي
اول الشهر غرة والمراد بنصف عشر الدية دية الرجل لو كان الجنين ذكرا وفي الانثى
عشر دية الانثى وكل منهما خمسمائة درهم لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر
من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل لما روي ان امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة
بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله م فقضى ان دية جنينها غرة عبد

او وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها رواه البخاري ومسلم وروي عن محمد بن الحسن انه
قال بلغنا ان رسول الله م قضى بالغرة على العاقلة في سنة فان القته حيا
فمات فدية كاملة لانه اتلف ادميا خطأ او شبه عمد فيجب الدية كاملة وان ميتا ثم
ماتت الام فغرة ودية لما روينا ولانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما وهذا لما
عرف ان الفعل يتعدد بتعدد اثره فصار كما اذا رمى فاصاب شخصا ونفذ منه الى
اخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطأ وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية
وان ماتت فالقته حيا فمات فديتان وديته لانه قتلهما وان القته ميتا وماتت الام
فدية فقط وقال الشافعي يجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا فصار كما
اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام سبب لموته ظاهرا لانه يختنق بموتها
وتنفسه بتنفسها فيتحقق موته فلا يكون في معنى ما ورد به النص اذ الاحتمال فيه
اقل فلا يضمن بالشك ۝ وما يجب في الجنين يورث عنه ولا يرث منه الضارب
فلو ضرب رجل بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة الجنين ولا يرث
منها وانما يورث لانه نفس من وجه والغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة
شيئا لانه قاتل بالمباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة ۝ وفي جنين الامة
نصف عشر قيمته لو ذكرا وعشر قيمته لو انثى وقال الشافعي يجب عشر قيمة الام لانه
جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة
عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له
في الشرع والدليل على انه بدل نفسه ان الامة اجمعت على انه لا يشترط فيه نقصان
الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويؤيد ذلك ان ما يجب
في جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف
انه لا يورث وانما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحر فاذا
ثبت انه ضمان النفس كان ديته مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر النفوس
ولا نسلم ان الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين اذ لو كان حيا فيجب نصف
عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان انثى فكذا في جنين الامة تجب بتلك النسبة
من قيمته لان كل ما كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر
قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وعند ابي يوسف لو نقصت الام ضمن
نقصانها اعتبارا بجنين البهائم وان لم تنتقص فلا ضمان وهذا لان الضمان في قتل
الرقيق ضمان مال عنده وهذا بناء على ديته الحر عنده والاول هو الظاهر
اعتبارا بالحرة لان الوجوب للصيانة وهما في الحاجة اليها سواء هذا اذا
كان الجنين من غير مولاها او من غير المغرور واما اذا كان من احدهما ففيه
الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان او انثى لانه حر ۝ قال ضربت امة

نحو مسيرها حملها فالقيمة حيا فان يجب قيمته لا ديته لان الوجوب بالضرب
والضرب صادفه وهو رقيق فيجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو حي واعتبرنا
حالتي السبب والتلف فاوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب
لانه رقيق حينئذ واوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كانه ضربه في
الحال وكان ينبغي ان يجب ما انتقص بضربه الى ان يوجد العتق كما لو قطع يد عبد او جرحه
فاعتقه المولى ثم مات يجب عليه ارش اليد والجرح وما انتقص من قيمته الى العتق لان
العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان فجعلنا ان الضرب لم يوجد في حق الجنين
لان المقصود بالضرب الام واوجب القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول
فصار لو رمى عبدا فاعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فانه يجب عليه القيمة للمولى
لان الرمي ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شيء بدون الاتصال به بخلاف القطع
والجرح لانه جناية في الحال والعتق يقطع سرايته ومع هذا تجب القيمة دون
الدية لانه يصير قاتلا له من وقت الرمي لانه الفعل المحلل له وتوجيهه ان
الضربة وقع على الام فلم تعتبر جناية في حق الجنين الا بعد الانفصال ولذلك
لم تنقطع سرايته بخلاف من جرح فاعتقه مولاه وقال بعضهم المراد به قيمته
القيمة لان الجناية قد تمت ثمة لكن لا تعتبر في حق الجنين مقصودا الا بعد الانفصال
فاشبه الرمي الذي تم من الرامي ولا تعتبر في حق المرمي اليه الا بعد الاصابة وقيل
هذا عندهما وعند محمد يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان
العتق قاطع للسراية ٥ ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي يجب لانه نفس من وجه
فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس
المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل الدية قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا
فاذا تقرب الى الله كان افضل ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه كالتام
الخلق في جميع ما ذكرنا لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد والنفاس وغيره
فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا
وان شربت دواء او عالجت فرجها لتطرح جنينها فالغرة على عاقلتها ان فعلت
بلا اذن ابيه لانها القته متعدية فيجب عليها ضمانه وتحمل عنها العاقلة
لما بينا ولا ترث هي من الغرة شيئا لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث وان
فعلته باذنه اي باذن ابي الجنين فلا يجب الغرة لعدم التعدي ولو فعلت ام
الولد ذلك بنفسها حتى اسقطته فلا شيء عليها ما لم تستخلص استحالة وجوب الدين
على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين انه ليس على الله هاوانه
مغرور وولد المغرور حر الاصل وهي متعدية بتركه الفعل صارت قاتلة للجنين
فيجب الغرة لمن ويقال المستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت فرها لانه الحكم وضمانه للمولى

باب ما يحدث في الطريق

من احدث في طريق العامة كنيفا او ميزابا او
جرصنا او دكانا وسعه ذلك ان لم يضر بهم ولكل منهم من المادة ان ينزعه
اي لكل احد من اهل الخصومة مطالبته بالنقض كالمسلم البالغ العاقل الحر
او الذمي لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة بنقضه كما في
الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم
عند مطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا تعتبر في مثله بخلاف الذي هدّاه
بنفسه واما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روى عن محمد وقال
اسمعيل الصفار انما ينتقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت
الى خصومته لانه لو اراد به ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما
في قدرته علم انه متعنت ٥ ثم الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع احدها في انه
هل يحل له احداثه في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه
ودفعه بعده والثالث في ضمان ما يتلف بهذه الاشياء اما الاحداث فنقول
في الشمول لانه ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان
لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع في الطريق
بالمرور فيه من غير ان يضر باحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به اذ الاحتياج اليه و
اذا اضر بالمارة لا يحل له لقوله عم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وهذا نظير
من عليه الدين فانه لا يسعه التاخير اذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز
له تاخيره وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر
لم يجز لما قلنا واما الخصومة فقال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس ان يمنعه
من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع
بغير اذن الامام لان فيه افتياتا على رأيه لان التدبير في امور العامة الى الامام وعلى
قول ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع
صار في يده خاصة والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة من
غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس فيه
ابطال يده الخاصة ولكل احد يد فيه والذي يريد الاحداث يقصد ابطال
ايديهم العامة وادخاله في يده الخاصة فكان لكل احد ان يمنعه من ذلك وعلى
قول محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه
مأذون له في احداثه شرعا الا ترى انه يجوز له ذلك ان لم يمنعه احد والمأذون منه
شرعا لا يكون متعنتا فلا يمكن من ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع اقوى
من ولاية الامام فصار كالمرور حتى لا يجوز لاحد ان يمنعه منه وجوابه ان هذا انتفاع
بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه

انتفاع عام وضع له فلا يكون لاحد منعه ○ وفي الطريق الخاص لا يسعه بلا اذن الشركاء
لان الطرق التي ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا استحقوا بها
الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل
وان لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر
باحد ولانه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل
كل واحد كانه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر باحد ولا كذلك غير النافذة
لان الوصول الى رضاهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما ○ وعلى عاقلته دية
من مات بسقوطها فيها اي لو مات انسان بسقوط ما ذكر من كنيف او ميزاب او جرصن
او دكان فديته على عاقلة من احدثه الى الطريق العام او الخاص لانه مسبب
لهلاكه متعد باحداث ما تضرر به المارة باشغال هواء الطريق به او باحداث
ما على بينهم وبين الطريق وكذا لو عثر بنقضه انسان وان وقع العاثر على آخر
فماتا فالضمان على من احدثه لان العاثر كالمدفوع على الآخر وان اصابه طرف
الميزاب الذي في الحائط فقتله فلا ضمان على احد لانه وضع ذلك في ملكه
فلا يكون متعديا فيه وان اصابه الطرف الخارج منه ضمن اي يكون الضمان
على من وضعه لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق ولو اصابه الطرفان وعلم
ذلك وجب النصف وهدر النصف فصار كما اذا جرحه انسان وسبع ومات
منهما ولو لم يعلم اي طرف اصابه ففي القياس لا يجب عليه شيء لانه ان اصابه
ما كان داخلا لا يضمن وان اصابه ما كان خارجا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ
ذمته كان ثابتا بيقين وفي الشغل شك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في حال
يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف كما عرفت ○ ولو وضع حجرا في
الطريق فتلف به انسان فديته على عاقلته لان كل واحد منهما قتل بسبب
وان تلف به بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه
لان العاقلة لا تحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين كوضع الحجر والخشبة لان
كلا من ذلك تسبب بطريق التعدي وهذا اذا فعله بلا اذن الامام فيضمن ما عطب
فيها لوجود التعدي لانه وان كان مباحا فهو مقيد بشرط السلامة فان فعل
شيئا من ذلك باذنه فلا ضمان لانه غير متعد فيه لان له ولاية في حق العامة ○
ولو مات الواقع في البئر التي حفرت في طريق العامة جوعا او غما فلا ضمان على حافره
وان بلا اذن عند ابي حنيفة لانه مات بمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات
من الوقوع ○ وعند محمد عليه الضمان في الوجوه كلها لان ذلك حصل له بسبب
الوقوع ولولا ذلك لتناول الخبز والماء وكذا عند ابي يوسف في الغم يجب الضمان
على الحافر لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه لا في الجوع لانه لا يختص البئر

○ وان وضع حجرا فنحاه آخر عن موضعه فضمان ما تلف به على الثاني لان فعل
الاول قد انتسخ ○ ولو اشرع جناحا في دار الى الطريق ثم باعها فضمان ما تلف
اي الجناح عليه اي على البائع لان فعله لم ينتسخ بزوال ملكه وهو الموجب كما
لو وضع خشبة في الطريق فباعها اي الخشبة وبرئ الى المشتري منها فتركها
المشتري فضمان ما تلف بها على البائع ايضا لما ذكرنا ○ ولو وضع في الطريق
جمرا فاحرق شيئا ضمنه لانه متعد فيه ولو احرق بعدما حركته الريح الى موضع
آخر لا يضمن ان كانت ساكنة عند وضعه لنسخ الريح فعله بالتحويل وان
حركت الشرار يضمن عند بعضهم لان الجمر باقية فلم ينتسخ فعله فكانت
الجناية باقية وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن وان حركته ايضا لانه فعل ذلك
مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فيضمن كما لو باشره او عقل دابة جالت في رباطها
○ ويضمن من حمل شيئا في الطريق ما تلف بسقوطه منه لان حمل المتاع في الطريق
على راسه او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة ○ وكذا من ادخل حصيرا
او قنديلا او حصاة الى مسجد غيره بلا اذن فعطب به احد يضمن عند ابي حنيفة
خلافا لهما وان ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه لا يضمن اجماعا لهما ان
هذه الاشياء قربة يثاب عليها الفاعل فصار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم
وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من اقامة الصلوة فيه
فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه اهل المسجد وغيرهم
ولابي حنيفة ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار
المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد من سبقهم فيه الكراهية
وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل
غيرهم مقيد بها وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد
بالشهادة على الزنا وكما اذا وقف على الطريق لاماطة الاذى او لدفع الظلم فعثر
به غيره لوجر على ذلك ونحوه والطريق فيه الاستيذان من اهله وقال الحلواني
اكثر المشايخ اخذوا بقولهما وعن ابن سلام باني المسجد اولى بالعمارة والقوم
اولى بنصب الامام والمؤذنين ○ وكذا لو تلف شيء بسقوط رداء هو لابسه اي لو كان
المحمول رداء فلبسه فسقط على انسان فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشيء
المحمول ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا حرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس
لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه مباحا
وعن محمد اذا لبس زيادة على قدر الحاجة او ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق
والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الى لبسه وسقوط الضمان
باعتبارها لعموم البلوى ○ ومن جلس في المسجد غير مصل فعطب به احد

ضمنه عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث لا يضمن عندهما ولا فرق بين جلوسه لحق الصلوة
او للتعليم او تقرا القران او نام فيه في اثناء الصلوة و بين ان يمر فيه او نقعد لحديث ولا
بين مسجد حيه وغيره اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف وفي
الجالس مصليا لا يضمن اجماعا وان من غير اهله لهما ان المساجد بنيت للصلوة
والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالى وانتم
عاكفون في المساجد فاذا بنيت لهما لا يمكنه اداء الصلوة مع الجماعة الا بانتظارها فكان
الجلوس فيه من ضروراتها فيباح له ولان المنتظر للصلوة في الصلوة لقوله عم المنتظر
للصلوة في الصلوة ما دام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القراءة عبادة كالذكر
فيتناوله النص ولابي حنيفة ان المسجد بني للصلوة وغيرها من العبادة تبع
بدليل ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ان يزعج القاعد عن موضعه حتى
يصلي فيه وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى او بقراءة القران او التدريس
او معتكفا وليس لاحد ان يزعج المصلي عن مكانه الذي سبق اليه ولانه بني لها في
اسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفي العبادة ايضا لا يعرف بناء
المسجد الا للصلوة واذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه
في حق الصلوة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها مقيدا بشرط
السلامة لظهور التفاوت بين الاصل والتبع ولا يبعد ان يكون الفعل قربة مقيدا بشرط
السلامة الا يرى ان من وقف في الطريق لاصلاح ذات البين قربة في نفسه ومع هذا
يضمن ما تلف به شيء ولا فرق فيه بين ان يكون الرجل من اهل المسجد او من غيرهم في الصحيح
وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورات الصلوة فيكون ملحقا
بها لان ما ثبت ضرورة لشيء يكون حكمه كحكمه وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب
ابي حنيفة ان الجالس لانتظار الصلوة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص
بالمسجد كقراءة القران ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه ابو جعفر في كشف الغوامض
سمعت ابا بكر يقول ان جلس لقراءة القران او معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر
الاسلام والصدر الشهيد انه ان جلس لحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة
انه اذا قعد فيه لحديث او نام او قام فيه لغير الصلوة او مر فيه ما لا ضمن عنده
وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلوة والاعتكاف او قراءة القران
او للتدريس او للذكر اختلف فيه المتاخرون على قوله قال بعضهم يضمن
واليه ذهب ابو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب ابو عبد الله
الجرجاني وكل ذلك كله في النهاية ٥ ولو استاجر رب الدار عملة لاخراج الجناح او
الظلة فتلف به شيء فالضمان عليهم ان قبل عملهم لان التلف بفعلهم لان العمل
لا يكون مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم تاقاصى وجبت عليهم

الكفارة وعرفوا من الاثاث ولان التلف عن اجل في عملهم فلم يتسلمه فقد لهم
اليه فاقتصر عليهم ولا شيء [illegible] هذا على وجوه اما ان قال لهم ابنوا لي جناحا
على فناء داري فانه ملكي او لي فيه حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة
ثم ظهر بخلاف ما قال لهم ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان على الاجراء ويرجعون بالضمان
على الامر قياسا لا استحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب
على العامل بامر الامر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر شخصا ليذبح له شاة
ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق ان يضمن الذابح و يرجع الذابح على الامر
فكذا هذا واما اذا قال لهم اشرعوا لي جناحا على فناء داري واخبرهم انه
ليس له حق الاشراع في القديم او لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فاتلف شيئا
ان سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الامر
قياسا واستحسانا وان سقط بعده اي بعد الفراغ من العمل فعليه اي على الامر
في الاستحسان لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من حيث
انه مباح له الانتفاع بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير مملوك له
من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح تكون قرار الضمان على
الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل
الفراغ من العمل عملا بهما ولظهار تسليم العمل بعد الفراغ من العمل ولعدم
ظهوره قبل الفراغ لان اعتبار الامر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره
وانما يحصل ذلك بعد الفراغ من العمل ٥ ويضمن من صب الماء في الطريق العام
ما عطب به لانه متعد فيه وكذا ان رشه بحيث يزلق فيه عادة او توضا فيه
او نضح في الطريق فعطب به [illegible] وان فعل شيئا من ذلك في سكة
غير نافذة وهو من اهلها او قعد فيها او وضع متاعه لا يضمن لان لكل واحد من
اهلها ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى وكذا ان رش ما لا يزلق عادة او
بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه لا يضمن الراش لانه هو الذي خاطر بنفسه
فصار كمن وثب في البئر من جانب الى جانب فوقع فيها ووضع الخشبة كالرش فيستوعب
الطريق وعدمه ٥ وان ادخل فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على
الامر استحسانا كما لو استاجره ليبني له في فناء حانوته فتلف به شيء بعد
فراغه يجب على الامر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان
على الاجير لفساد الامر ٥ ولو كنس الطريق لا يضمن ما تلف بموضع كنسه
لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيئا وانما قصد [illegible] الاذى عن
الطريق ولو جمع الكناسة في الطريق ضمن ما تلف بها لوجود التعدي
بشغله الطريق ٥ ولا ضمان فيما تلف بشيء فعل في الملك او في فناء له

فيه حق التصرف وان لم يكن للعامة ولا مشتركا لاهل سكة لا ان له ذلك لمصلحة داره
٥ وان استاجر من يحفر له في غير فنائه فالضمان على المستاجر ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه
لان امره به قد صح اذا لم يعلمه الاجير فينتقل فعله اليه لانه مغرور من جهة الامر فصار
كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا انه في الشاة يضمن
المامور ويرجع به على الامر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على المستاجر
ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فترجح جنايته
وان علم فعلى الاجير لان امر المستاجر لم يصح اذ لا يملك ان يفعل بنفسه ولا غرور من
جهته لعلم الاجير بذلك فبقي الفعل مضافا الى الاجير وان قال هو فنائي وليس لي
فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا على المستاجر لانه علم بفساد الامر
ولم يغره المستاجر وعلى المستاجر استحسانا لان كونه فناء له بمنزلة كونه
مملوكا له لانطلاق يده على التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط
الدابة والركوب وبناء الدكان فكان امره بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما
ذكرنا ٥ ومن بنى قنطرة بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها فعطب
فلا ضمان على الباني لان تعمده بالمرور عليها يقطع النسبة الى الباني
لان الباني متسبب والمار مباشر فصار هو صاحب علة ولا تعتبر النسبة معه

فصل ان مال حائط الى طريق العامة فطولب ربه بنقضه من مسلم
او ذمي فاشهد عليه فلم ينقضه في مدة يمكن نقضه فيها فتلف به نفس او
مال ضمن عاقلته النفس وهو المال وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن وهو قول
الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط او سبب لان
البناء كان في ملكه مستقيما والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم
يشهد عليه ووجه الاستحسان مروي عن علي وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم
من ائمة التابعين ولان الحائط لما مال فقد اشغل الطريق هو بملكه ورفعه في قدرته
فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع مع التمكن منه صار متعديا
بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا
بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن بهلاكه في يده بعده واما قبل
الاشهاد فهو بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ثم ما تلف به من النفوس تتحمله
العاقلة تخفيفا عنه كيلا يؤدي الى الاستيصال فهو احق بذلك لان جنايته دون
الخطا فيكون ادعى الى التخفيف وقال محمد لا تتحمل العاقلة حتى يشهد الشهود
على ثلاثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه و
على ان الدار له لان اقراره لا يكون حجة على غيره والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح
حجة للاستحقاق وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تعقل المال

والشرط طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته
عند جحوده او جحود عاقلته وكان من باب الاحتياط ويصح الطلب بكل لفظ
يفهم منه طلب النقض ويشترط ان يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ
كالمالك والوصي في ملك الصغير او الجد او العبد التاجر كان عليه دين او لا
والتالف به يكون في رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة المولى والى الراهن
في الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان التلف حال بقاء
الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد
العجز لا يجب على احد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم
الى من يسكنها باجارة او اعارة او الى المرتهن والمستاجر او المودع لا يعتد به حتى لو
سقط واتلف شيئا لا يضمن الساكن ولا المالك ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط
حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض ويشترط
للضمان ان يمضي مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى لو اشهد عليه فسقط من
ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض ولا يصح الاشهاد
قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء ويقبل فيها شهادة رجل وامراتين
لانه شهادة على التقدم لا على القتل وسوى ان يكون الطالب بالنقض مسلما او ذميا لان
الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من اي من كان بعد ان كان بالغا عاقلا حرا
او مكاتبا ذكرا كان او انثى لانه مطالبة حق فلا يختص باحد من الاهل بخلاف العبيد
والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا باهل المطالبة حقهم فكذا الحقوق العامة الا اذا اذن
لهم المولى والولي في الخصومة فحينئذ جاز طلبهم واشهادهم لانهم بالاذن التحقوا
بالحر البالغ ثم بعد الاشهاد يكون الخصومة عند السلطان او نائبه كما في سائر الخصومات
وكذا لو طولب من يملك نقضه كاب الطفل ووصيه والراهن بفك الرهن والعبد
التاجر والمكاتب ولا يضمن ان باعه بعد الاشهاد وسلمه الى المشتري فسقط
ولو ان طولب به من لا يملكه كالمرتهن والمستاجر والمودع لا يعتد به ٥ وان بناه
مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه لانه تعدى
بالبناء فصار الحكم كما في اشراع الجناح ونحوه من وضع الحجر وحفر البئر في الطريق
وغيرهما وان مال الى دار رجل فالطلب لربها او ساكنها لان له المطالبة بازالة ما شغل
الدار وكذا ما شغل هواها فيصح تاجيله وابراؤه حتى لو سقط في الابراء او قبل مضي المدة في
التاجيل لا يضمن لان الحق له ولا يصح التاجيل فيما مال الى الطريق ولو من القاضي والمشهد
الذي اشهد عليه لان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضي ولا لغيره ابطال حقهم
٥ ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد على احدهم ضمن خمس ما تلف به عند ابي حنيفة

وعندهما نصفه لأن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر ولأبي حنيفة أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فيجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف التلف إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك • وإن حفر أحد ثلثة في دار هي لهم بغير إذن شريكيه أو بنى حائطا ضمن ثلثي ما تلف به عند أبي حنيفة وعندهما نصفه لأنه في حق باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك شريكيه متعد فكان الضمين فانقسم عليهما نصفين كما إذا هلك بجرح الهدر ونهش الحية وعقر الأسد ولأبي حنيفة أن الموت حصل بعلة العمق المقدر لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فيجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف التلف إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات لأن كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة أو كبرت إلا أن التلف عند المزاحمة يضاف إلى الكل لعدم الأولوية • ولو وقع الحائط على الطريق بعد الإشهاد فعثر إنسان بنقضه فمات ضمن لأن النقض ملكه فكان عليه التفريغ لأن الإشهاد على الحائط إشهاد على النقض لأن المقصود إزالة الشغل بخلاف ما إذا سقط الحائط على إنسان ومات فعثر بالقتيل غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثاني لأن التفريغ منه إلى الأولياء لا إليه ولا يكون الإشهاد على الحائط إشهادا على القتيل

باب جناية البهيمة وعليها

يضمن الراكب ما وطئت دابته أو أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أي عضت بمقدم أسنانها أو خبطت بيدها أو صدمت أي ضربت بنفسها والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه فيما يمكن الاحتراز لأن تقييده بها مطلقا يؤدي إلى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الإيطاء والكدم والصدم والخبط ممكن لأنه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه لا ما نفحت أي لا يضمن ما ضربت برجلها أو ذنبها مع السير على الدابة لأنه لا يمكنه الاحتراز عنها إلا إذا أوقفها في الطريق فحينئذ يضمن النفحة أيضا لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه التحرز عن النفحة فصار متعديا بالإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه ولا يضمن أيضا ما عطب بروثها أو بولها سائرة أو موقوفة لأجله فإن راثت أو وقفها لا لأجله ضمن ما عطب به لأن سير الدابة لا يخلو عن روث وبول

ولا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما إذا راثت أو بالت وهي تسير وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا واقفا فإن أوقفها لا لأجله فبالت أو راثت ضمن ما عطب به لأنه متعد في الإيقاف إذ هو ليس من ضرورات السير وهو أكثر ضررا أيضا من السير لكونه أدوم فلا يلحق به • وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأت عينا أو أفسدت ثوبا لا يضمن وإن كبيرا ضمن لأن التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لأن سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وإنما يكون ذلك من قلة هداية الراكب • فيضمن ويضمن القائد ما يضمنه الراكب وكذا السائق أي كل شيء يضمنه الراكب يضمنانه لأنهما مسببان كالراكب في غير الإيطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب وقال أي قال القدوري أن السائق يضمن النفحة بالرجل أيضا لأنه بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرز عنها وعليه بعض مشايخ العراق وجه الأول وعليه أكثر المشايخ أن السائق ليس له على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكر وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل • ولا كفارة عليهما أي على السائق والقائد في الإيطاء لأنهما مسببان لا يتصل منهما شيء بالمحل والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب ولا حرمان إرث أو وصية لأنه يختص بالمباشرة بخلاف الراكب في الإيطاء لأنه مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فإن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له ويتعلق به حرمان الميراث والوصية • وإن اجتمع الراكب والقائد أو الراكب والسائق فالضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان إلا أن محمدا ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس الدابة فوطئت الدابة إنسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان وقيل الضمان على الراكب وحده وهو الصحيح لأنه مباشر فيه والسائق أو القائد مسبب والإضافة إلى المباشر أولى والجواب عما ذكر في الأصل أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الإتلاف كما في الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل شيئا بدون الإلقاء وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء وعند الإلقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما • وإن اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويهدر ذلك عن عاقلتهم لأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر

النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل احدهما نفسه وصاحبه او حفر
على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما او وقعا فيه يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان موت كل واحد منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه
مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح
مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في بئر في قارعة
الطريق لانه لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر وفعل صاحبه وان كان
مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود
التلف به وروي عن علي رض انه اوجب كل الدية على كل واحد منهما فتعارضت
روايتاه فرجحنا ما ذكرنا او يحمل ما روي عنه انه اوجب النصف على انهما تعمدا
ذلك فانه في العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية ويحمل ما روي عنه
انه اوجب كل الدية على الخطا توفيقا بينهما وما استشهدا به من الاصطدام
عمدا وجرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق فعل كل واحد منهما
محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه ايضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذي
ذكرناه في العمد والخطا في الحرين ولو كانا عبدين هدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت
برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى بعد اختيار الفداء
ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كاملا في الخطا ونصف
قيمته في العمد وياخذها ورثة الحر المقتول ويبطل حقهم من الدية فيما زاد على القيمة او
نصفها فيما حصل بها اورثة الحر المقتول لان الواجب كان على رقبة العبد فيبطل بموته الا قدر
ما اخلف وهو القيمة او نصفها فياخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم
الخلف وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على
اصلهما لانه ضمان الادمي • قال فان تجاذبا حبلا فانقطع الحبل وسقطا فماتا
فان وقعا على ظهرهما فهما هدر لان كل احد منهما مات بقوة نفسه وان
وقعا على وجههما فعلى عاقلة كل دية الاخر لان كل واحد مات بقوة الاخر
وان اختلفا بان وقع احدهما على ظهره والاخر على وجهه فدية من وقع
على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره ولا دية لمن وقع على ظهره وان
قطع اخر الحبل فماتا فديتهما على عاقلته اي على عاقلة القاطع • وان ساق
دابة فوقع السرج او غيره من ادواتها على انسان فمات ضمن لانه متعد
في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام في الشد
فصار كالقاء على الطريق بيده بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة فلا
يتقيد بشرط السلامة ولان اللباس تبع للابس وهو لو وقع في الطريق وعثر به
انسان لا يلزمه الضمان فكذا اذا عثر بلباسه وكذا اذا قاد قطارا وطئ بعير منه انسانا

اي النفس على العاقلة
والمال في ماله

ضمن عاقلة القائد الدية لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه
التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان
اي الضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله • وان كان معه اي مع القائد
سائق فالضمان عليهما اي على عاقلتهما لاستوائهما في التسبب لان قائد الواحد
قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السائق في جانب من الابل
اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه ويضمنان
ما تلف بما هو قدامه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق
يسوق ما هو قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق
منها شيئا لا يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا
ما اصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذ بزمام ما خلفه اما
البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غرم ما اصابه
بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه
احكام المباشرة على ما بيناه • قال ربط بعيرا على قطار بغير علم قائده فعطب
به انسان ضمن عاقلة القائد الدية لانه يمكنه ان يصون قطاره عن ربط غيره به
فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبب وفيه الدية على العاقلة كما
في قتل الخطا ورجعوا بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم فيه وانما لا يجب
الضمان على القائد والرابط ابتداء مع ان كل احد منهما مسبب لان القود بمنزلة
المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان في حقه
ثم يرجع به عليه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة اذا
لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف
منه وانما سقط الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة
ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه
لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد وكذا اذا علم القائد بالربط لا
يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضي بذلك والتلف
قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينافي السبب
ولا الضمان الا انا استحسنا في الرجوع لما ذكرنا • ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا
ضمن ما اصابت في فورها لانه الحامل لها فاضيف فعلها اليه كما يضاف فعل
المكره الى المكره فيما يصلح الة له والمراد بالسوق ان يمشي خلفها معها وان لم يمش
خلفها فما دامت في فورها فهو سائق لها في الحكم فلحق بالسوق واذا تراخى انقطع
السوق وفي الطير لا يضمن وان ساقه لان بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود
السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا وكذا لا يضمن في الدابة اذا لم يسوق

ولو

اما الدابة فان بدنها يحتمل السوق فتحقق فيها السوق واما الكلب فانه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بان يمشي خلفه ولا حكما بان يصيب على فور الارسال والتعدي يكون بالسوق فلا يضمن وفي المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت ينقطع حكم الارسال بالوقفة ايضا كما ينقطع بالعطفة وذكر قاضيخان ان رجلا لو ارسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما اصابت في فورها وكذا لو ارسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما اتلف ولو لم يكن سائقا لا يضمن وكذا لو ارسل كلبه على رجل فعقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه وقيل اذا ارسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر انسانا او اتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبع نفسه وان كان معلما ضمن ان مر على الوجه الذي ارسله لانه ذهب بارسال صاحبه اما اذا اخذ يمنة او يسرة فلا يضمن لانه مال عن سنن الارسال فانقطع حكم الارسال واكثر المشايخ على الاول في البهيمة واما في الكلب فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يمكن من اتيان السير عليها دون الكلب عادة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلاهل البلد ان يقتلوه وان اتلف يجب على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شيء عليه كالحائط المائل ولو ان رجلا في يوم طرح رجلا بين يدي سبع فقتله السبع فليس على الطارح شيء الا التعزير والحبس حتى يتوب ولو انفلتت البهيمة بنفسها ليلا او نهارا فاصابت مالا او نفسا لا يضمن لقوله عليه السلام العجماء جبار اي فعل العجماء هدر والمراد بها المنفلتة وهذا صحيح ظاهر لان المركوبة والمسوقة والمقودة في الطريق او في ملك الغير والمرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا ولان الفعل مقتصر عليها غير مضاف الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب ونحوه ○ ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها بغير اذن الراكب فنفحت او ضربت بيدها احدا او نفرت فصدمته فمات ضمن هو اي الناخس دون الراكب ان فعل ذلك حال السير وهو المروي عن عمر وابن مسعود ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيرجح جانبه للتعدي وان اوقفها في ملكه فعليهما اي يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الدابة الناخس فدمه هدر لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فضمانه على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه ثم الناخس انما يضمن اذا كان الوطء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فوره فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب وان فعل الناخس ذلك

اي النخس باذن الراكب فهو كفعل الراكب لكن ان وطئت احدا في فورها بعد النخس بالاذن فالدية عليهما ولا يرجع الناخس على الراكب في الاصح لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما لو امر صبيا يستمسك على دابة بتسييرها فوطئت انسانا فمات لا يرجع عاقلة الصبي بما غرموا من الدية على الآمر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا لو ناول الصبي سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر وكذا الحكم في نخسها ومعها قائد او سائق لانه مضاف اليه وان نخسها بشيء منصوب في الطريق فالضمان على من نصبه لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله ولا فرق بين كون الناخس صبيا او بالغا وان كان عبدا وقد نخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدى وجميع مسائل هذا الفصل والذي قبله ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وان غيره فالضمان في مال الجاني ● ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن ما نقصها لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان وفي فقء عين الفرس والبغل او الحمار او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وقضى عمر رضي الله عنه ايضا ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك لغيره للاكل ومن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر بنفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان لان المعمول به النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه

باب جناية الرقيق والجناية عليه

جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو محلا للدفع بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شيء من اسباب الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة سواء كانت الجناية واحدة او اكثر لا توجب الا دفع رقبته ان كانت الجناية في النفس موجبة للمال ولا شيء ان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شيء مما ذكرنا توجب جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها وان تكررت الجناية وفي القن لو جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية الاولى وكذا لو جنى بعد الفداء يوقع الدفع او الفداء ثم فلو جنى عبد خطأ فان شاء مولاه دفعه بها يملكه وليها وان شاء فداه بارشها حالا قوله خطأ احترز به عن العمد وهذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص واما اذا كانت

واحدة للعين عن الكافي م

على الاطراف لا نعدل التسعيد به لا يجري القصاص فيها بين العبيد ولا بين الاحرار والعبيد
وقال الشافعي جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وثمرة
الخلاف تظهر في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة له ان الاصل
في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تحمل عنه ولا عاقلة
للعبد فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا
ان الاصل في الجناية على الادمي في حالة الخطا ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله
والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له
عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة
حيث تجب الدية على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا
عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل
لا تعقل المال الا ان المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع
تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط
الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف
موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالجاني الحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة
الفطر حيث تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد واذا اختار الدفع يلزمه حالا
وضعه عن ... بموت التاجر في الاعيان وكذا اذا اختار الفداء يجب عليه حالا لانه بدل
العين وهو العبد وايهما اختار المولى وفعله فلا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان
حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه واما الفداء فلانه لا
حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له وكذا اذا اختار احدهما ولم يفعل او فعل
ولم يغدره قولا سقط حق المولى في الاخر لان المقصود تعيين الحق حتى يتمكن من الاستيفاء
والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل ولا فرق بين ان يكون المولى قادرا على الارش
او لم يكن قادرا عند ابي حنيفة لانه اختار اصل حقهم فبطل حقهم في العبد لان ولاية
التعيين للمولى لا للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضى الاولياء
لان العبد صار حقا للاولياء حتى يضمنه المولى بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهم الا
برضاهم او بوصول البدل اليهم وهو الدية فان مات العبد قبل ان يختار شيئا
بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه وان مات بعد ما اختار الفداء لا يبطل لتحول
الحق من رقبة العبد الى ذمته فان فداه فجنى فالحكم كذلك اي لو فداه المولى ثم عاد
فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الاولى لانه لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل
كان لم يجن فكانت هذه ابتداء جناية وان جنى قبل ان يختار في الاولى شيئا او جنى
جنايتين دفعة واحدة دفعه المولى بهما فيقتسمانه بنسبة حقوقهما او فداه
بارشهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة

● فان باعه او وهبه او دبره او استولدها غير عالم بها ضمن الاقل من قيمته ومن
الارش وان كان عالما بها ضمن الارش كما لو علق عتقه بقتل زيد او رميه او شجه
ففعل العبد ذلك المعلق لانه في الاول فوت حقه فيلزمهما ضمنه ولا يصير مختارا
للفداء بهذا التصرف لان الاختيار بدون العلم لا يتحقق وفي الثاني صار مختارا للفداء
لان التصرفات المذكورة تمنعه من الدفع والاقدام عليها اختيار منه للفداء ●
وان قطع عبد يد حر عمدا فدفع اليه فاعتقه فسرى فمات من اليد فالعبد صلح
بالجناية وان لم يكن اعتقه يرد على سيده فيقاد لانه اذا لم يعتقه وسرى
ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد لان القصاص
لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب
هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم
يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة فوجب القصاص واما اذا اعتقه فقد قصد
صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية
وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز وكان مصالحا عن الجناية
وما يحدث منها على العبد على مقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى ايضا مصالح
معه على هذا الوجه لا ضيابه لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان ارضى
بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء فاذا لم يعتقه
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء بالخيار
ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه وكذا لو كان القاطع حرا قطع يد رجل عمدا فصالح
المقطوع على عبد ودفعه اليه فان اعتقه المقطوع يده ثم سرى ومات من ذلك
فهو اي العبد صلح بها اي بالجناية وان لم يعتقه فسرى رد على مولاه واقيد او عفي عنه
والوجه ما بيناه ● وان جنى ماذون مديون خطا فاعتقه سيده غير عالم بها ضمن
لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه ولولي الجناية الاقل من قيمته ومن ارشها لان السيد
اذا اعتق الماذون المديون غرم لرب الدين الاقل من قيمته ومن الدين واذا اعتق
العبد الجاني خطا غرم الاقل من قيمته ومن الارش فكذا عند الاجتماع لعدم التزاحم
بينهما اذ لولا الاعتاق يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للدين فكذا اصل ان العبد اذا
جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولي الجناية والفداء فان اختار الدفع الى
ولي الجناية ثم بيع في الدين فان فضل شيء فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه والا فلا
شيء له وانما بدئ بالدفع جمعا بين الحقين لانه يمكن بيعه بعد الدفع ولو بدا ببيعه
في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد في يد المشتري جناية ● ولو ولدت
ماذونة مديونة بيع معها في دينها ولو جنت لا يدفع في جنايتها يعني ماذونة
مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له

والفرق أن الدين متعلق برقبتها لأن الدين عليها وهو وصف حكمي فيسري
إلى الولد لأن الصفات الشرعية الثابتة في الأصل تسري إلى الفرع كالملك و
الرق والحرية وأما الدفع بالجناية فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها
أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق ولي الجناية
وكذلك لا يجري القصاص على الأولاد ولا الحد لأنهما فعلان محسوسان كالدفع
ولا تبعية فيه • ولو أقر رجل أن زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد وليا للمقر
خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع
العبد ولا الفداء بل لا شيء وإنما يستحق الدية عليه أو على العاقلة لأنه حر فصدقه
في حق نفسه فسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق في دعواه الدية عليهم إلا بحجة
وقال في النهاية وضع المسئلة فيما إذا جنى العبد جناية ثم أقر المجني عليه أنه حر قبل الدفع
إليه وجعل في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان وأما إذا أقر المجني عليه
بعد الدفع إليه فهو حر لأنه ملكه بالدفع وقد أقر بحريته فيحكم عليه بإقراره
وإن قال المعتق قتلت أخا زيد قبل عتقي وقال زيد بل بعده فالقول للمعتق لأنه
منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا كان
رقه معروفا والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما إذا قال
البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي أو قال طلقت امرأتي وأنا
مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا • وإن قال المولى لأمة
أعتقها قطعت يدك قبل العتق وقالت بل بعده فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها
إلا الجماع والغلة استحسانا وهذا عندهما وعند محمد لا يضمن إلا شيئا بعينه
يؤمر برده إليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناد الفعل إلى حالة معهودة منافية
له كما في المسئلة الأولى وكما في الوطء والغلة وفي القائم أقر بيدها حيث اعترف
بالأخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهي تنكر فالقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد إليها
ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال
أذهبت ضوء عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له لا بل أذهبتها
وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية
للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته
المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان
عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حق الوطء والغلة وعلى
هذا الخلاف لو قال لرجل حربي قد أسلم أخذت مالك وأنت حربي فقال لا بل أخذته
بعد ما أسلمت • ولو أمر عبد محجورا أو صبيا بقتل رجل فقتله فالدية
على عاقلة القاتل لأن الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطؤه سواء

فيجب على عاقلته ولا شيء على العبد الآمر وكذا الحكم إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان
بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع على العبد بعد عتقه
لأن عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالإعتاق
لا على الصبي الآمر لأنه قاصر الأهلية وفي شروح الزيادات للعتابي لا يرجع العاقلة
على العبد أيضا أبدا لأن هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر إيجابه
على المولى لمكان الحجر هذا وفي الفوائد الأمري أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله
لا يجب عليه شيء لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان على ما بينا قبل هذا ولهذا لو حفر
العبد بئرا فأعتقه مولاه ثم وقع فيها إنسان فهلك لا يجب على العبد شيء وإنما يجب على المولى
قيمته لأن جناية العبد لا يوجب عليه شيئا وإنما يوجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة
ولو مات فيها ألف نفس فيقتسمونها بالحصص • ولو كان المأمور العبد المحجور عبدا محجورا
مثله دفع السيد العبد القاتل أو فداه إن كان خطأ أو كان العبد المأمور القاتل صغيرا
لأن عمده خطأ ولا يرجع على الآمر في الحال ويجب أن يرجع عليه بعد عتقه
بالأقل من قيمته ومن الفداء لأنه غير مضطر في دفع الزيادة وعلى قياس ما
ذكره العتابي لا يجب عليه شيء لما بينا وإن كان القتل عمدا والعبد المأمور القاتل
كبيرا اقتص لأنه من أهل العقوبة ولو أمر حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لأنه
المباشر ثم يرجع العاقلة على عاقلة الرجل لأنه المسبب إذ لولا أمره لما قتل الضعيف فيه
• وإن قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع نصفه إلى
الآخرين أو فداه بدية لهما أي للمولى الخيار إن شاء دفع نصف العبد إلى اللذين
لم يعفوا من وليي القتيلين وإن شاء فداه بدية كاملة لأنه لما عفا أحد وليي
كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو
دية كاملة لأن كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة وإذا سقط
القصاص وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا
أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين
مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما
فيخير المولى بينهما • وإن قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد
فدى بدية لولي الخطأ وبنصفها لأحد وليي العمد أو دفع إليهم يقتسمونه
أثلاثا عولا عند أبي حنيفة لأن وليي الخطأ حقهما في الدية عشرة آلاف درهم
وحق ولي العمد في القصاص فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو
نصف الدية خمسة آلاف فإذا فداه فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف لولي الخطأ
وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه
لولي الخطأ وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول لأن حقهم في الدية كذلك

حصته وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة آلاف
وعندهما يقسم أرباعا منازعة ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لغير العافي
من وليي العمد لأن نصفه سلم لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف
الآخر فينتصف • وإن قتل عبد لاثنين قريبا لهما فعفا أحدهما بطل كله يعني إذا كان
عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كأبيهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع فلا يستحق
غير العافي منهما شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا إذا كان العبد لقريب
لهما ولحقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند أبي حنيفة وقالا يدفع العافي
نصف نصيبه إلى الآخر إن شاء أو يفديه بربع الدية إن شاء لأن حق القصاص
ثبت لهما في العبد على الشيوع لأن الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى
فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في كل العبد
فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما أصاب نصيبه سقط
لأن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو
نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية ولأبي حنيفة
أن ما يجب من المال يكون حق المولى لأنه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ
منه وصاياه ثم الورثة تخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب
على عبده مالا فلا تخلفه الورثة فيه ولأن القصاص لما صار مالا صار بمعنى
الخطأ وفيه لا يجب شيء فكذا ما هو في معناه وقيل محمد مع الإمام أبي حنيفة

فصل

دية العبد قيمته • ومن قتل عبدا خطأ تجب قيمته فإن كانت
قيمته قدر دية الحر أو أكثر نقص من دية الحر عشرة دراهم وكذا لو قتل أمة
خطأ تجب قيمتها فلو كانت قيمة الأمة كدية الحرة وهي خمسة آلاف درهم أو أكثر نقص
عن دية الحرة عشرة دراهم وفي الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته
بالغة ما بلغت بالإجماع لهما ما روي عن علي وعمر وابن عمر رضي الله عنهم في قتل
العبد قيمته بالغة ما بلغت ولأن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك
العبد إلا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ويتقاوم
ببقاء المالية أصلا أو بدلا كسائر الأموال أو بدلا في حال قيامه وهذا كضمان
كسائر الأموال وكقليل القيمة والغصب ولأن ضمان المال بالمال أصل وضمان
ما ليس بمال بالمال خلاف الأصل ومتى أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس
لا يصار إلى إيجابه على خلاف الأصل ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة
إلى أهله أوجبها مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا والدية اسم
للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لأن المذكور

في الآدمية حكما لأن الدية بالكفارة والعبد داخل فيها في حق الكفارة بالإجماع لكونه
آدميا فكذا في حق الدية لأنه آدمي ولهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع لكونه
مكلفا ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص ولا كان كسائر الأموال • وما قدر من دية
الحر فهو قيمة الرقيق وفي يده نصف قيمته لأن القيمة في العبد كالدية في الحر
إذ هو بدل الدم فيكون في يده نصف قيمته ولا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد
في الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته وقيل ينقص في
الأطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شيء لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال
ومن قطع يد عبد عمدا فأعتق فسرى اقتص منه إن كان وارثه سيده فقط وإلا فلا
أي إن كان له ورثة غيره لا يقتص إلا أنه نقض في هذه المسألة لاشتباه من له الحق
لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر
فلا يجب على وجه يستوفى إذ الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة أخرى سوى المولى
واجتماعهما لا يزيل الاشتباه ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في إحدى الحالتين
ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا • وعند محمد لا قصاص
أصلا لأن سبب الولاية قد اختلف لأنه بالملك على اعتبار حالة الجرح و
الوراثة بالولاية على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق
فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما احتيط فيه فصار كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية
فقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف ما ادعى لرجل بألف درهم من القرض
وقال المقر له من ثمن مبيع فإنه يقضى له عليه بالألف وإن اختلف السبب لأن الحق لا
يثبت بالشبهة فلا يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولأن الإعتاق
قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع
القصاص ولهما أنا تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لأن
المقضي له معلوم والحكم متحد فأمكن الإيجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي
والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسألة الإقرار بخلاف
مسألة الجارية لأن الحكم مختلف لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لأن
النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت الحل
أصلا ولأن ما ادعى كل واحد منهما من السبب بطل لتكذيب الآخر فيبقى ثبوت
فلا يثبت الحل ولا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لأن السبب موجود
بيقين ولا منكر له ثم لم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الإبطال فأمكن استيفاؤه
والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك إذا كان له وارث
آخر غير المولى على ما بينا أو في الطرف أو يفترط لأن العبد لا يصلح مالكا

للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت او زيادة
الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد لحريته حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه
فحصل الاشتباه فيمن له الحق فسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح اما القتل
عمدا فموجب القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانه على
اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق
فحاصله انهم اجمعوا في الخطاء والعمد فيما اذا كان له وارث احرار الاعتاق
بقطع السراية وعليه ارش اليد وما نقصه الى حين العتق وسقط الزيادة في القصاص
ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك ان كل موضع
لا يجب فيه القصاص يجب فيه ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه الدية
ولا ما نقص منه بعد الاعتاق • ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا فبين في احدهما
العتق بعد الشج فارشهما له اي للمولى لان العتق غير نازل في المعين فالشجة
تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة وان قتلا معا في وقت واحد فله دية
حر وقيمة عبد ان كان القاتل واحدا فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية
وان اختلف قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول عاده
ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثاني
لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان قتل كل واحد اي ان قتل كل احد
منهما رجل معا فقيمة العبدين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما
ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه
ضرورة صحة التصرف واثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر
الضرورة وهي النفس دون الاطراف والدية فبقي مملوكا في حقهما فيجب القيمة فيهما
فيكون نصفين بين المولى والورثة فياخذ هو نصف قيمة كل واحد منهما ويترك النصف
لورثته لان موجب العتق ثابت في احدهما في حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع
ذلك عليهما نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى
لتعينه للرق وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت
الاول وان كان لا يدري ايهما قتل اول فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل
واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم اولوية احدهما بالتقديم • ومن فقأ
عيني عبد فان شاء سيده دفعه اليه اي دفع العبد المفقوء الى الفاقئ فاخذ
قيمته كاملة او امسكه ان شاء ولا شيء له وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ان امسكه
فله ان يضمنه نقصانه او دفع العبد واخذ قيمته لان العبد في حكم الجناية
على اطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا يتحملها العاقلة ويجب قيمته
بالغة ما بلغت فكان معتبرا بالمال واذا كان معتبرا به اوجب تخير المولى على الوجه الذي

قلناه كما في سائر الاموال فان خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخير المالك ان شاء دفع
الثوب وضمنه قيمته وان شاء امسكه وضمنه النقصان وله انه معنى المالية وان كان
معتبرة في الذات فالادمية ايضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف الا ترى ان عبدا لو قطع
يد عبد اخر يؤمر مولاه بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية
على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان على الجزء
الفائت والقائم ولا يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية
ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما
فقلنا بانه لا ينقسم اعتبار الادمية ويتملك الجثة اعتبار المالية وهذا اولى
مما قالاه من اعتبار جانب المالية فقط وهو لا ينافي اهدار جانب الادمية وهو اعلى •

فصل

وان جنى مدبر او ام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش لما روي
عن ابي عبيدة الجراح رض انه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير
وكان يومئذ امير الشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه
في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير ان يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار
كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه
لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من العين وقيمتها تقوم
مقامها ولا تخيير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيده في جنس واحد لاختياره الاقل
ثم الاصل فيه ان جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع منه
الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر
فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة وتعتبر قيمته في كل واحد منهم
في حال الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك الوقت حتى لو قتل رجلا وقيمته الف
ثم قتل اخر وقيمته الفان ثم قتل اخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى الفا درهم
لانه جنى على الاوسط وقيمته الفان فيكون لولي الاوسط الف منها لا يشاركه
فيه احد لان ولي الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى
على وليه وهو الف درهم وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة لما ذكرنا
ثم نعطي خمسمائة فيقسم بين الاول والاوسط بضرب الاول بجميع حقه وهو
عشرة الاف درهم ويضرب الاوسط بما بقي من حقه وهو تسعة الاف لوصول
الالف اليه فبقي من قيمته خمسمائة تقسم بين الثلثة لاستوائهم فيها فيضرب
الثالث بعشرة الاف ويضرب الاول بعشرة الا ما اخذ في تلك المرة ويضرب
الاوسط بعشرة الاف الا ما اخذ في المرتين • فان دفع المولى القيمة لولي
الجناية الاولى ثم جنى جناية اخرى شارك ولي الجناية الثانية ولي الاولى في
القيمة ان دفع اليه بقضاء ولا شيء على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة

ولا تعدى من المولى برفعه الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولى
الجناية الثانية لانهم يتشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما وان شاء اى ان دفع المولى
القيمة الى ولى الجناية الاولى بغير قضاء ف ولى الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع
ولى الجناية الاولى وان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة وهذا عند ابى حنيفة وعندهما
اتبع ولى الاولى بطل حقه ولا شى على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضى ولا تعدى
منه بتسليمه الى الاولى لانه حين دفع دفع الحق المستحق ولم يكن الجناية الثانية موجودة
ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا ولابى حنيفة ان جنايات المدبر يوجب قيمة
واحدة فهم شركاء فيها والجناية المتاخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون
فيها كلهم ثم اذا دفعها الى الاولى باختيار صار متعديا فى حق الثانى لان حصته
وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع فى حقه بخلاف القاضى
لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى فالثانى بالخيار
ان شاء اتبع الاولى لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذه منه وان
شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا اخذ منه رجع المولى على الاولى
بما ضمن للثانى وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وهذا لان المولى
لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه اكثر من

القيمة باب غصب العبد والصبى والمدبر والجنايات فى ذلك

ولو قطع سيد يد عبده فغصب فمات من القطع فى يد الغاصب ضمن قيمته
مقطوعا وان قطع سيده يده عند الغاصب فمات بريئا الغاصب لان الغصب
يوجب ضمان ما غصب وبرئ الغاصب عن الضمان باسترداد المولى المغصوب و
فى المسئلة الاولى لما قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع فيما غصبه يجب
على الغاصب قيمته اقطع وفى الثانية حين قطع المولى العبد فى يد الغاصب صار
مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصوله ملكه الى يده • غصب
عبد محجور عبدا محجورا مثله فمات المغصوب فى يده اى فى يد الغاصب ضمن الغاصب
لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن • ولو غصب مدبر فجنى عند
غاصبه جناية ثم رده على سيده فجنى عند سيده جناية اخرى او بالعكس اى جنى
عند سيده ثم غصب فجنى عند غاصبه جناية اخرى ضمن سيده قيمته لهما اى لولى
الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة
فيجب ذلك على السيد لانه هو الذى عجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق
من غير ان يصير مختارا للفداء كما فى القن اذا اعتقه بعد الجنايات من غير ان يعلم بها
وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب ورجع بنصفها على الغاصب
اى رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين

نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الاخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب
لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب وجد عند
الغاصب كلا رد ودفعه اى دفع المولى نصف القيمة التى اخذها من الغاصب الى ولى
الجناية الاولى فى الصورة الاولى ثم رجع به ثانيا عليه اى رجع المولى بذلك
الذى دفعه الى ولى الجناية ثانيا على الغاصب وعند محمد لا يرجع به وهذا
عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد لا يرفعه ولا يرجع ثانيا لان الذى
يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم المولى الجناية الاولى لانه انما رجع على
الغاصب بسبب ذلك فان دفع اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل
فى ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاولى فى جميع القيمة
لانه جنى عليه لا يزاحمه احد فيستحق كله وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثانى
فاذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا عن الحق اخذه ليتم حقه
وانما رجع المولى بالذى دفعه الى ولى الجناية الاولى ثانيا على الغاصب لانه
استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كانه لم يرد و
لم يضمن له شيئا اذ لم يبق شى من العبد او من بدله فى يده وفى الصورة الثانية
وهى ما اذا جنى المدبر عند مولاه اولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى ثم رده على المولى
ضمن قيمته لولى الجنايتين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب
كان فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع ثانيا بالاجماع اما عندهما
فظاهر لما بينا واما عند محمد فلما امتنع الدفع الى ولى الجناية الاولى فى المسئلة
الاولى كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد وهنا لا يلزم ذلك لان ما اخذه
من الغاصب عوض ما دفع الى ولى الجناية الثانية فاذا دفعه الى ولى الاولى لا يجتمع
البدلان فى ملك واحد وفى الاولى يجتمع لانه عوض ما اخذه هو بنفسه ثم اذا
دفعه الى ولى الاولى لا يرجع به على الغاصب بالاجماع • والقن كالمدبر فى
الفصلين اى فيما اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه او بالعكس الا انه يدفعه
اى يدفع العبد القن وفى المدبر يدفع القيمة وحكم تكرار الرجوع والرفع كما فى المدبر
اختلافا واتفاقا حتى اذا غصب رجل عبدا فجنى عنده جناية اخرى فان المولى
يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه الى الاولى
ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد لا يرجع ما اخذه من الغاصب الى ولى
الاولى بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا عنده على ما ذكرنا وان كان
وان جنى عند المولى اولا ثم غصبه فجنى فى يده ثم رده الى المولى فدفعه الى ولى
الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولى الاولى و
لا يرجع به ثانيا على الغاصب لما ذكرنا • ولو غصب رجل مدبرا مرتين فجنى عنده

في كل منهما غير سيده قيمته لهما اي لولي الجنايتين نصفان لانه منعه بالتدبير حتى
قيمته ورجع بها اي بالقيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق
كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل ودفع المولى نصفها اي نصف القيمة
المأخوذة من الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم
عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة ورجع به عليه ثانيا اتفاقا اي رجع
المولى بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولي الجناية الاولى على الغاصب لان استحقاق هذا
النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم له ذلك ولا يرفعه الى
ولي الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولي الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق
حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثاني لم يستحق الا النصف لوجود المزاحم
وقت وجود جنايته والمزاحمة موجودة فبقي على ما كان بخلاف ولي الاولى لانه استحق
الكل وقت الجناية عليه وانما رجع بحقه الى النصف للمزاحمة فاذا وجد شيئا من
بدل العبد اخذه حتى يستوفي حقه ثم قيل هذه المسئلة على الاتفاق وقيل فيه
خلاف محمد والفرق لمحمد ان الذي يرجع به ولي الجناية الاولى عوض ما سلم له
في المسئلة الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا لتكرر الاستحقاق
اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت في يد
الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا ٥ ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او
بحمى فلا شيء عليه وان مات بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته ديته وهذا
استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب
في الحر لا يتحقق الا ترى انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه
رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة اولى ان لا يضمن به وجه الاستحسان ان هذا
ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا لان نقله الى ارض
مسبعة او الى مكان الصواعق اتلاف منه تسبيبا وهو متعد فيه بتفويت
يد الحافظ وهو الولي فيضمن وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في
كل مكان فامكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي
عنه فصار متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان متعديا
كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب
الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان
صغيرا فهو ملحق بالكبير الا ترى انه لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير
يزوج بلا رضاه ولانه عاجز عن حفظ نفسه فاذا اخرجه من يد الولي فات
ما به يمكن التحرز عنه فيضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب

كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه بما صنع به من قيد ونحوه يضمن الحر
الكبير ايضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف مضافا الى الغاصب
بتقصيره حفظه ٥ ولو قتل الصبي عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته ديته وان
اكل طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لابي يوسف حيث يضمن المودع في الوجهين عنده وعلى هذا لو اودع عبد محجور
عليه مالا فاستهلكه ضمن بعد العتق لا في الحال عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
حيث يضمن عنده في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة كالايداع فيهما
اي في العبد والصبي والمراد بالصبي العاقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره
اثنا عشر سنة وفي غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق كما يضمن العاقل ايضا مالا
اتلفه بلا ايداع ونحوه لابي يوسف انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه
ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا او كان الصبي ماذونا له في التجارة او في الحفظ من جهة
الولي وكما اذا اتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذي سلط
لغيره فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه من يستهلكه لثبوت ولاية الاستهلاك
فيه لكل احد ولهما انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤخذ بضمانه كما اذا اتلفه
باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه
في يد غيره مانعه فلا يبقى معصوما الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة
هنا لانه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف الماذون
لان له ولاية على نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحق
نفسه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا لحق المالك لان
عصمة المالك انما تعتبر في ماله ولا ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط
وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر ان يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه
فيضمنه الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الاموال

باب القسامة

اذا وجد ميت في
محلة به اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه او اثر خنق او ضرب ولم يعلم
قاتله وادعى وليه قتله على اهلها او بعضهم ولا بينة له حلف خمسون رجلا منهم
يختارهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وهذا على سبيل الحكاية عن الجمع
واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز انه
قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا يعني جميعا ولا يحلف لانه اذا
قتله مع غيره كان قاتلا له لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب
الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فالذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه
الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسأل
الله عليك مثل ذلك فكتب النبي عليه السلام اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا

يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا
بالناموس اي بالوحي وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين
يمينا فان حلفوا يقضي بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وفي
قول يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وان نكل المدعي عن اليمين حلف
المدعى عليهم فان حلفوا تركوا ولا شيء عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول
واللوث الذي ذكره قرينة حالية يوقع في قلب المدعي بان يكون هناك علامة القتل
في واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل
او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يشهد له الظاهر حلف اهل المحلة
للشافعي في البداية بيمين الولي قوله عم للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم ما قتلوه
ولان اليمين حجة لمن يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه
والظاهر يشهد للمدعي هنا بقيام اللوث وقرب العهد فيكون اليمين حجته ولكن في هذه
المحقونة شبهة والقصاص عقوبة تسقط بها فلهذا اوجب الدية في الجديد ولنا
قوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر وروى ابن المسيب ان النبي عم بدأ باليهود
بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة لاستحقاق
نفس فكيف يكون حجة لاستحقاق نفس والمعنى عند ما يظهر القتل يتحذرون عن اليمين
الكاذبة فيقروا فيجب القصاص واذا حلفوا حصل البراءة عن القصاص ثم اذا حلفوا
قضى على اهلها اي على اهل المحلة بالدية لوجود القتيل بينهم وقد جمع النبي
عم بين الدية والقسامة وكذا عمر رض • وما تم خلقه كالكبير اي اذا وجد سقط
تام الخلق به اثر من الاثار المذكورة فهو كالكبير في الاحكام المذكورة لان الظاهر ان تام
الخلق ينفصل حيا • ولا يحلف الولي وان كان ثمه لوث لان اليمين شرعت للدفع لا للاستحقاق
ولان النبي عم اوجب اليمين على المنكر للدفع عنه بقوله عم واليمين على من انكر والحاجة هاهنا
الى الاستحقاق فلا يشرع في حقه ولانه لا يستحق بيمينه المال المبتذل فلان لا يستحق
النفس المحترمة اولى • وان نقص اهلها عن الخمسين كررت اليمين الى ان تتم لان الخمسين
واجب بالنص فيجب اتمامه ما امكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص
وقد روي عن عمر رض لما قضى بالقسامة وافى عنده تسعة واربعون رجلا فكرر
اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وروي عن شريح والنخعي مثل ذلك
ومن نكل حبس حتى يحلف لان اليمين مستحقة عليه فيه لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا
يجمع بينه وبين الدية • ومن قال منهم قتله فلان استثنى في يمينه لانه يريد اسقاط
الخصومة عن نفسه فيحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه
لما اقر بالقتل صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه • وان ادعى
الولي القتل على غيرهم اي على غير اهل المحلة سقطت القسامة عنهم اي عن

اهل المحلة وكان ذلك ابراء منه لاهل المحلة حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك عليهم
ولا تسقط لو ادعى الولي على جميع اهل المحلة او على البعض لا باعيانهم القتل عمدا
او خطأ وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان القسامة والدية تسقط عن الباقين
من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا
واحدة وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة مثله ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود
القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم وهو لا
يبقى على اصل القياس ولان دعواه ابراء لهم حيث ادعى معرفة من قتله وصار كانه
ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل
المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيجب باطلاق
النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص
فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه
اذا كان له بينة وان لم يكن له بينة استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لعدم
النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل وفي دعوى المال ثبت وفي دعوى
القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى • ولا تقبل شهادتهم
اي شهادة اهل المحلة على غيرهم عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث تقبل اذا شهدوا على
رجل من غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين انهم ليسوا خصماء غاية
الامر انهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمنع من
قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة انهم خصماء
بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة
كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته فحاصله ان
من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما
ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير انهما يجعلان
اهل المحلة ممن له عرضية ان يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين
الاصلين تخرج من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم
ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن
جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب ثم شهدا تقبل شهادتهما
ولا تقبل شهادة اهل المحلة ايضا على بعضهم ان ادعاه الولي اجماعا لان الخصومة
قائمة مع الكل والشاهد يقطع عن نفسه فكان متهما الا في رواية عن
ابي يوسف ذكرناه من قبل • ولو وجد اكثر البدن او الكل من نصفه او نصفه مع
الرأس في محلة فوجود كله يجب على اهلها القسامة والدية لان هذا حكم عرف بالنص
وقد ورد به في البدن واعطينا للاكثر منه حكم الكل واجرينا عليه احكامه

تعظيما للدم وان قيل ليس في معناه فلا يلحق به • ولا قسامة على صبي ومجنون
وامرأة وعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة وانما هم اتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع
واليمين على اهل النصرة ولان الصبي والمجنون ليسا من اهل القول الصحيح واليمين
قول • ولا قسامة ولا دية في ميت لا اثر به او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره
او ذكره بخلاف عينه واذنه لان القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات
حتف انفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
لاحتمال القتل منهم فلا بد من اثر يكون بالميت يستدل به على انه قتيل وذلك بان
يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وان لم يكن به شيء من ذلك لا يكون بفعل
البشر فلا يكون قتيلا لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل
به على انه قتيل بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما
عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجري عليه احكامه او وجد
اقل من نصفه ولو مع الراس او نصفه مشقوقا بالطول لما ذكرناه ولانا لو اعتبرنا
الاقل لاجتمعت الديات والقسامة على بدن شخص واحد بان يوجد اطرافه في القرى
متفرقة وهو غير مشروع فيتقى ما يؤدي اليه بخلاف الاكثر او النصف مع الراس لا غير
احترازا عن التكرار ويبنى على هذا صلاة الجنازة لا تتكرر كالقسامة والدية ولو
وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير
حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر
ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق لا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا
• وان وجد قتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا ان كان يقودها او راكبها لما ذكرناه وان
اجتمعوا فعليهم اي ان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم
جميعا لان القتيل في ايديهم دون اهل المحلة فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط
ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم
يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة و
الدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن ابي يوسف انه
لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه
الميت من مكان الى مكان ليدفن واما اذا كان على وجه الخفية فالظاهر انه
هو الذي قتله وان لم يكن مع الدابة احد فالدية والقسامة على اهل المحلة
الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع
الذي فيه الدابة • وان وجد على دابة بين قريتين فعلى اقربهما لما روي ان
النبي عم امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد الى احدهما اقرب

بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وكذا عمر رض امر في قتيل وجد بين وادعة
وارحب فوجد الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وقيل هذا
محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه
الصوت فلا شيء عليهم لانهم اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت عند الغوث
فينسبون الى التقصير في النصرة واذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا يمكنهم
فلا ينسبون الى النصرة • وان وجد الحر قتيلا في دار نفسه فعلى عاقلته اي
ديته على عاقلة ورثته عند ابي حنيفة وعندهما لا شيء فيه لان الدار في يده
حين وجد الجرح فيكون كانه قتل نفسه فيكون هدرا ولابي حنيفة ان القسامة انما تجب
بناء على ظهور القتل وهذا لا يرجع الى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار
للورثة فتجب على عاقلتهم • وان وجد في دار انسان فعليه القسامة وعلى عاقلته
الدية لان الدار في يده وينتصر بعاقلته وان كانت العاقلة حضورا يدخلون في
القسامة ايضا عندهما خلافا لابي يوسف حيث لا يدخلون عنده لان رب الدار اخص به
من غيره فلا يشاركه فيها غيره كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصار كما اذا كانوا
غائبين ولهما انهم بالحضور لزمهم نصرة البقعة كما لزم صاحب الدار فيشاركونه
في القسامة والا اي ان كانت العاقلة غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر الايمان
عليه عندهما خلافا لابي يوسف لما ذكرناه الدليل من الجانبين • والقسامة على
الملاك دون السكان عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف على الجميع لان ولاية التدبير
تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى ان النبي عم جعل القسامة والدية على اليهود و
كانوا سكانا بخيبر لانه عم كان قسم خيبر بين المسلمين ولهما ان الملاك هم المختصون بنصرة
البقعة عادة دون السكان ولان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية
التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عم كان اقرهم على املاكهم فكان
ياخذ منهم على وجه الخراج • وهي على اهل الخطة وهم الذين خط لهم الامام في قسم
الاراضي خطة ليميز انصباءهم ولو بقي منهم واحد دون المشترين وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وعنده اي عند ابي يوسف على المشترين ايضا لان الضمان انما يجب بترك
الحفظ ممن له ولاية الحفظ باعتبار الملك فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة
بين احد من اهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تاثير في التقديم لما شاركه المشتري
ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بعهدتها ولان الدية
والقسامة يجبان بسببها ولان اهل الخطة اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير
الى الاصيل وفي الدار المشتركة ولاية التدبير الى المالك مطلقا بخلاف القرية والمحلة
وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد من عادة اهل الكوفة • وان لم يبق واحد من اهل
الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان الولاية انتقلت اليهم او خلا من يتقدم عليهم

عندهما وعند ابي يوسف خاصة لهم الولاية لزوال من يزاحمهم • قال وبيعت دار
ولم تقبض في ضمانه على عاقلة البائع عند ابي حنيفة وعندهما على عاقلة
المشتري وفي البيع بخيار على عاقلة ذي اليد سواء كان الخيار للبائع او للمشتري
وعندهما على عاقلة من يصير الملك له لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في
الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو
كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري
قبل القبض في البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في
صدقة الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه
يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة
وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه
دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا
وان كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر
يده لانها تقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب على المالك لا على
الضامن وهذه ضمان جناية فتجب على الضامن دون ضمان الجناية لا يشترط
فيها الملك الا يرى ان الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولم يملكه
وبخلاف ما اذا كانت الدار في يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ
وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد اصالة لا يد نيابة وكذا
المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد امانة لان العقار لا يضمن
بالغصب عندنا • ولا تدي عاقلة ذي اليد الا بحجة انها له اي اذا كانت دار
في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقل عاقلته حتى تشهد الشهود انها لصاحب
اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته عند ابي حنيفة وان كانت
تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق
الشفعة في الدار المشفوع بها لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح
للدفع • وان وجد في دار مشتركة سهامها مختلفة فالسهام والدية على الرؤوس
اي اذا وجد قتيل في دار مشتركة بين جماعة انصباؤهم فيها متفاضلة بان كان
بين ثلثة مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس تنقسم الدية و
القسامة على عدد رؤوسهم ولا تعتبر تفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم
صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس
بمنزلة الشفعة • وان وجد في سفينة فعلى من فيها من الملاحين والركاب لانها
في ايديهم فيستوي المالك فيه وغيره اما على قول ابي يوسف فظاهر لانه كان يسوي في الدار
بين السكان والملاك والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيكون في اليد حقيقة فيعتبر

فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف العقار لانه لا ينقل • وان وجد في مسجد محلة
فعلى اهلها لان التدبير في مسجد المحلة الى اهلها • وان وجد بين قريتين فعلى اقربهما
لما روينا وان كان في سوق مملوك فعلى المالك عندهما وعند ابي يوسف على السكان لما بيناه
وفي غير المملوك كالشوارع على بيت المال وكذا في المسجد الجامع لان التدبير في مثل هذا
الى الامام لانه نائب المسلمين لا الى اهل السوق وكذا ان وجد في المسجد الجامع او الشارع
لا قسامة والدية على بيت المال لانهما للعامة لا يختص بهما احد والقسامة لنفي تهمة القتل
وذلك لا يتحقق في حق الكل فديته تكون في بيت المال لانه مال العامة وكذلك الجسور العامة
والاسواق العامة التي في الشوارع وكذا لو وجد في مسجد جماعة يكون في السوق التي هي
للعامة وان وجد قتيل في صف من السوق فان كان اهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم
فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت وكذا
ان وجد في السجن تكون ديته على بيت المال عندهما وعند ابي يوسف على اهل السجن
وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك • وان وجد في برية ليس بقربه قرية
يسمع منها الصوت فهو هدر لانه ليس لاحد فيها يد ولا ملك بخلاف ما لو كانت
البرية مملوكة لاحد او كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منها الصوت تجب على المالك
وعلى اهل القرية لما بينا وكذا لو وجد في وسط الفرات فهو هدر لانه ليس لاحد
فيه يد ولا ملك وذكر الكرخي وشيخ الاسلام ان النهر العظيم اذا كان موضع انبعاثه
في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لانه في ايدي المسلمين بخلاف ما اذا كان انبعاثه
في دار الحرب لانه حينئذ يكون قتيل اهل الحرب فيهدر • وان كان القتيل محتبسا بالشاطئ فعلى
اقرب القرى منه لان الشط في ايديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا اخص
بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع بالشط • وان التقى
قوم بالسيوف ثم اجلوا عن قتيل فعلى اهل المحلة الا ان يدعي وليه على القوم او على
معين منهم فيسقط عنهم لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم فيكون القسامة و
الدية الا ان يدعي وليه على القوم او على معين منهم فيسقط عنهم اي عن اهل المحلة
ولا يثبت على القوم الا بحجة على ما بيناه • ولو وجد في معسكر بارض مباحة غير مملوكة
لاحد وان وجد في خباء او فسطاط فالقسامة والدية على ربه والا اي ان لم يوجد
لانها في يده كما في الدار والا اي ان وجد خارجا من الفسطاط فعلى الاقرب منه اعتبارا
باليد عند انعدام الملك وان كانوا قد قاتلوا عدوا فلا قسامة ولا دية لان الظاهر
ان العدو قتله فكان هدرا • وان كان الارض مملوكة فالعسكر كالسكان لا يزاحمون
المالك في القسامة والدية فيكون القسامة على المالك لا عليهم عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف اما عندهما فظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة
والدار ان العسكر نزلوا فيه للانتقال ولا يحتاجون للقرار فلا يعتبر الا للضرورة

على اهل الدار والمحلة لانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره ● ومن جرح في قبيلة
ثم نقل الى اهله ولم يزل ذا فراش حتى مات من تلك الجراحة فالقسامة على القبيلة عند
الامام ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا شيء فيه لان ما حصل في تلك القبيلة ما دون النفس
فلا قسامة وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله اي لابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت
صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطا فان لم يكن صاحب فراش
اضيف الموت اليه وان لا فلا لانه يحتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك
● ولو كان مع الجريح رجل يحمله فمات في اهله بعد ما مكث يوما او يومين فلا
ضمان على الرجل الذي حمله عند ابي يوسف وفي قياس قول الامام ابي حنيفة
يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة ● ولو
ان رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا ضمن الاخر ديته
خلافا لمحمد حيث لا يضمن عنده لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر
ولا نضمن بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان لا يقتل الانسان نفسه فكان توهم
ذلك ساقطا فصار كما اذا وجد في محلة ● ولو وجد القتيل في قرية لامراة كررت
اليمين عليها وتدي عاقلتها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف على
عاقلتها القسامة ايضا لان القسامة لا تجب الا على من كان من اهل النصرة
والمراة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل
متحققة قال المتاخرون والمراة تدخل في التحمل مع العاقلة في هذه المسئلة لانا
انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة فيجب عليها وهو اختيار الطحاوي وهو الاصح قطعا و
فيما اذا باشرت القتل بنفسها ● ولو وجد في ارض رجل في جنب قرية ليس صاحب
الارض منها فهو على صاحب الارض لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض

كتاب المعاقل

وهي اي المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وهي اي المعقلة الدية
وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسكه يقال عقل البعير عقلا
اي شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنعه عن القبائح والعاقلة من يؤديها
اي الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية واما وجوبها على العاقلة فالاصل
فيه ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بدية المراة المقتولة وبدية جنينها
على عصبة القاتلة فقال ابو القاتلة المقضي عليه يا رسول الله كيف اغرم من
لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل فمثل ذلك بطل فقال عم هذا من الكهان
ولان النفس محترمة فلا وجه الى اهدارها ولا الى ايجاب العقوبة على المخطي لانه معذور
مرفوع عنه الخطا وفي ايجاب الكل عليه عقوبة له لما فيه من اجحافه واستيصاله فيضم
اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وهم اهل الديوان ان كان القاتل منهم يؤخذ

من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم
في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي على اهل العشيرة لما روينا وكان كذلك الى ايام عمر
رض ولا نسخ بعد النبي عم فيبقى على ما كان ولانها صلة فالاقارب اولى بها كالارث و
النفقات ولنا قضية عمر رض فانه لما دون الدواوين جعل الدية على اهل الديوان بمحضر
من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة
وقد كانت انواع بالحلف والولاء والعد وهو ان يعد الرجل من قبيلة وفي عهد عمر رض قد
صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى والتقدير بثلاث سنين مروي عن
النبي عم ومحكي عن عمر رض ولان الاخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج في كل
سنة مرة واحدة فان خرجت ثلث عطايا في اقل من ثلاث سنين او اكثر اخذ منها لحصول
المقصود لان المقصود التخفيف وقد حصل وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد
القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء
لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو قتل عشرة رجال واحدا خطا فعلى عاقلة
كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل وهي بدل النفس فيؤخذ
كل جزء من اجزائه ثلاث سنين واول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لان الواجب
الاصلي هو المثل والنقل الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء المدة من وقته ● ومن لم يكن
منهم اي من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لما روينا ولان نصرته بهم وهي المعتبرة
في هذا الباب تؤخذ منهم في ثلاث سنين من كل واحد ثلثة دراهم او اربعة كل سنة
درهم او درهم وثلث لا ازيد هو الاصح لان معنى التخفيف مراعى فيه وقيل والقائل
هو القدوري انه يؤخذ من كل واحد في كل سنة ثلثة دراهم او اربعة لكن بهذا يخرج من
حد التخفيف لبلوغه حد الجزية فان لم يتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل نسبا
على ترتيب العصبات ليتحقق معنى التخفيف واختلفوا في اباء القاتل وابنائه قيل يدخلون
لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من اربعة وهذا
المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون قالوا هذا في حق العرب لانهم حفظوا
انسابهم فامكن ايجابه على اقرب القبائل واما العجم فقد ضيعوا انسابهم فلا يمكن ذلك في
حقهم فان لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب
وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية
يضم اليهم اقرب الرايات اي اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك
الى الامام لانه هو العالم به والقاتل كاحدهم اي كواحد من العاقلة لانه هو الفاعل
فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به ● وان كان ممن يتناصرون بالحرف او بالحلف
فعاقلته اهل حرفته او حلفه وعاقلة المعتق ومولى الموالاة مولاه وعاقلته
يعني عاقلة المعتق قبيلة مولاه لان نصرته بهم واسمه ينبئ عنها لولا ذلك

قوله عم مولى القوم منهم وعاقلة مولى الموالاة مولاه الذي عاقده وعاقلة
مولاه لان العرب يتناصرون به فاشبه ولاء العتاقة • وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة
امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان ادعاه الاب بعد ما عقلوا عنه رجعت
على عاقلة الاب بما غرموا يعني اذا عقل عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة
الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضي لهم بالرجوع عليهم لانه
تبين ان الدية كانت واجبة عليهم لانه بالاكذاب ظهر ان النسب كان ثابتا من الاب
حيث بطل اللعان بالاكذاب • وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل الاصل في
ايجاب الدية على العاقلة بالخطا وشبه العمد قوله عم في حديث حمل بن مالك قوموا
فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطي معذور وكذا تولي شبه
العمد نظرا الى الالة ولا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه و
استيصاله فصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه
انما قصر لقوة فيه وذلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته
فخصوا بذلك • فلا تعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ولا ما لزم بصلح او اعتراف
لما روي ان النبي عم قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
ولا ما دون ارش الموضحة ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه في الاقرار لان التصديق
اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد
زال او يقوم بالبينة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل
البينة هنا مع الاقرار وان كان لا تعتبر معه لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه
وهو الوجوب على العاقلة ثم ما ثبت بالاقرار يجب مؤجلا وما ثبت بالصلح حالا الا اذا شرط
التاجيل في الصلح ولا اقل من نصف عشر الدية لما روي ان النبي عم قضى في الغرة وهي
خمسون دينارا بالدلك اي لا اقل من نصف عشر الدية على الجاني لما روينا من قوله عم ولا
ما دون ارش الموضحة • ولا يدخل النساء ولا الصبيان في العقل لقول عمر رض
لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته
والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم الجزية لكونهم عاجزين
عن النصرة وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية • ولا يعقل
مسلم عن كافر ولا بالعكس لعدم التناصر ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة لان
الكفر كله ملة واحدة الا ان لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى
فان العداوة بينهما ظاهرة فينبغي ان لا يعقل بعضهم بعضا لانقطاع التناصر
بينهم وان لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى
بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى

العاقلة ان لو وجدت فان لم يوجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب
قتل احدهما صاحبه تقضى بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون
عنه لان تمكنه من القتل ليس بنصرتهم والمسلم القاتل اذا لم يكن له عاقلة
تعقل عنه بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم
اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من
الغرامة يلزم بيت المال وقيل في رواية شاذة عن ابي حنيفة انه تجب في ماله كالذمي
لان الاصل ان الدية تجب على الجاني وهو القاتل لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا
ان العاقلة تحملها تحقيقا للتخفيف فاذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل • وان جنى
حر على عبد خطا فعلى العاقلة يعني اذا قتله لان العاقلة لا تتحمل اطراف العبد
وقال الشافعي لا تحمل النفس ايضا بل يجب في مال القاتل لانه بدل المال وفي الحديث لا تعقل
العاقلة عمدا ولا عبدا ولنا انه ادمي فتحمله العاقلة كالحر هذا لان ما يجب بقتله دية
وهي بدل الادمي لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس
لانه يسلك به مسلك الاموال والمراد بالحديث جنايته اي لا تعقل العاقلة جناية
عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه الا ان يفديه المولى

كتاب الوصايا

الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا او
منفعة وهي اي الوصية مستحبة اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى وان كان
عليه حق مستحق لله تعالى كالزكوة او الصيام او الحج او الصلوة التي فرط فيها فهي
واجبة اجازها الشارع لحاجة الناس اليها لان الانسان مغرور بامله مقصر
في عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير
بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي ولو اتسع الوقت واحوجه
الى الانتفاع به صرفه في حاجته الحالية فشرعها الشارع تمكينا منه تعالى من العمل الصالح
وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة
كما يبقى في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها
او دين والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم
زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في اعمالكم وعليه اجماع الامة بما دون الثلث ان كان
الورثة اغنياء عن علي رض لان اوصي بالخمس احب الي من ان اوصي بالربع ولان اوصي
بالربع احب الي من ان اوصي بالثلث ولان فيه صلة القرابة بترك صدقتهم ولا صلة
فيما لو اوصى بالثلث تاما لانه استوفى حقه فلا صلة ان كان الورثة اغنياء او
يستغنون بانصبائهم روي عن سعد بن ابي وقاص رض انه قال جاءني رسول الله
عم يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وانا

ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي قال لا قلت فالشطر يا رسول الله
قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير او كبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك
من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال
اليهم وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث لتدارك
تقصيره واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من
التأذي بالايثار ولا ان لم تكن الورثة اغنياء او لا يستغنون بانصبائهم فتركها اى
ترك الوصية احب لما روينا ولما جاء في الحديث ان النبي عم قال الحيف في الوصية من
اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للورثة • ولا تصح الوصية بما زاد
على الثلث لما بينا ولا لقاتله مباشرة لقوله عم لا وصية لقاتل وهو باطلاقه
يتناول القاتل مباشرة عمدا كان او خطأ ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية
كالميراث سواء اوصى له قبل القتل ثم قتله او اوصى له بعد الجرح لاطلاق ما روينا
ولا لوارثه لقوله عم ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولان البعض
يتأذى بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه
ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية حتى لو اوصى لاخيه وهو
وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن
قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه
في هذا نظير الوصية لانها تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه
فيعتبر كونه وارثا او غير وارث عند الاقرار لانه تصرف في الحال فيعتبر حاله
في ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار
وارثا له بعد ذلك ولكن شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار حتى
لو اقر لابنه وهو عبد ثم اعتق قبل موت الاب جاز اقراره لان ارثه بسبب حادث بعد
الاقرار وهو الحرية ولان اقراره لمولاه وهو اجنبي عنه وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها
لا يبطل اقراره لها واما اذا ورثه بسبب قائم عند الاقرار فيبطل كما لو اقر لاخيه المحجوب
بابنه ثم مات ابنه • الا باجازة الورثة لان الامتناع في الثلثة المذكورة الوصية
بما زاد على الثلث وللقاتل وللوارث لحق الورثة فيجوز باجازتهم الا يرى الى ما روي
عن ابن عباس رض ان النبي عم قال لا تجوز وصية لوارث الا ان يشاء الورثة
ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون بالغا عاقلا وان اجاز البعض
دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره
ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت
فكان لهم ان يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي ويردوا تلك الاجازة
لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط في نفسه مضمحل

متلاشي فكان لهم ان يردوه بعد موت المورث بخلاف ما لو اجازوها بعد موت المورث
حيث لا يكون لهم ان يرجعوا عنه لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فلزم ولو اعتق
عبدا في مرضه ولا مال له غيره واجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث
متزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فاوصى بها لغيره فاجاز الوارث و
هو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وذلك ان الوصية صدرت من الموصي و
صادفت ملكه حالا ومالا لان جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت
هو باق على حكم ملكه ولهذا يبدأ بتجهيزه ولا يملك الوارث الا ما فضل عن حاجته
كتجهيزه وقضاء ديونه ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله فاذا اوصى
صار مشغولا بها لكن للورثة نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من ابطال حقهم
فاذا اجازوا الوصية ظهر انه لم يكن منتقلا الى ملكهم وسقط حقهم ونفذ التصرف السابق
وقال ابو يوسف الوصية للقاتل لا تجوز باجازة الورثة لان امتناعها للجناية وهي
باقية ولهما ان امتناعها لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع
بطلان الوصية للورثة ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم •
وتصح الوصية بالثلث للاجنبي وان لم يجيزوا لقوله عم ان الله تعالى تصدق
عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم فضعوها حيث شئتم وعليه الاجماع • وتصح من
المسلم للذمي وبالعكس فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم والثاني لانهم بعقد الذمة التحقوا
بالمسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز في حالة الحيوة من الجانبين فكذا
المضاف الى ما بعد الممات • وتصح للحمل وبه ان كان بحيث اى بحين الوصية ويتيقن
ولادته لاقل من ستة اشهر اما الاول وهو ما اذا اوصى للحمل فلان الوصية
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث
فكذا في الوصية لانها اخته غير انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف
الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا واما الثاني وهو ما اذا اوصى
بالحمل فلانه يجري فيه الارث فيجري فيه الوصية ايضا لانها اخته ثم شرط في الهداية ان يولد
لاقل من ستة اشهر اى من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية من غير تفصيل وذكر
الكافي على انه ان اوصى للحمل يعتبر من وقت الوصية وان اوصى بالحمل يعتبر من وقت الموت
ولا تصح الهبة له اى للحمل لان الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين
ولا يلي عليه احد حتى يقبض عنه فصار كالبيع • وان اوصى بامة دونه اى دون حملها صحت
الوصية والاستثناء لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق
تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افراده ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا
استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد ويكون

ويعلم من ستة اشهر فيما اذا ولدت ... لا لعلمه بانه كان موجودا ... الوضع ... وبالحمل ...

لاستثناء منقطعا بمعنى لكن لانه لم يدخل تحت اللفظ ولابد في الوصية من
القبول وتعتبر بعد موت الموصي ولا اعتبار بالرد والقبول في حياته لان اوان
حكم ثبوتها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبر ذلك قبل عقد الوصية
فصار كما اذا قال لامرأته انت طالق على الف درهم غدا فان ردها او قبولها باطل
قبل مجئ الغد لما ذكرنا ويملك اي بالقبول يملكه الموصى له لان الوصية اثبات
ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى به بالعيب ولا يرد عليه به ولا يملك احد
اثبات الملك بدون اختياره ولانه لو ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به بان
اوصى له بعبد اعمى او دنان مكسورة او بزق خمر يجتمع في داره فانه يجب عليه
نفقة العبد ونقل المكسور ولو بذل تفريغ الملك الغير عن ملكه الا ان يموت
الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول فانه يملكها بدون القبول لان الوصية
من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق
الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري والبائع
ثم مات من له الخيار وكذا اذا اوصى لجنين يدخل في ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من
يلي عليه حتى يقبل عنه وتصير الموصى به لورثته اي لورثة الموصى له ولا تصح الوصية
من صبي وقال الشافعي تصح الوصية من الصبي اذا كان في وجوه الخير لان عمر رض اجاز
وصية يافع وهو الذي راهق الحلم ولان فيه نظرا له بحصول التقرب الى الله تعالى ولو لم
ينفذ يبقى ملكا لغيره ولا نظر له فيه وهذا لان المنع من التبرع حال حياته للنظر له حتى
ينتفع بماله وبعد الموت ينعكس النظر فينفذ ولان الوصية اخت الميراث والصبي يورث
عنه بعد موته كالبالغ فكذا في الوصية ولنا انها تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة
وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار اوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق
في الحال والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا وهذا لم يستفسر
عمر رض ان وصيته كانت في القرب او غيرها ويحتمل ان وصيته كانت في تجهيزه
وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته فلا يتعين النفع فيها وكذا
اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لانه ليس باهل للقول ملزم فلا
يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق ومكاتب اي لا تصح وصية المكاتب
لان الوصية تبرع وهو ليس من اهله وان ترك وفاء والوصية مؤخرة عن
الدين فلا تصح ممن يحيط دينه بماله لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم لكونه
فرضا والوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب وان كان فرضا لكن حق العبد
مقدم على حق الشرع من الصلوة وغيره يسقط بالموت فتكون الوصية كالتبرع
وقال علي رض انكم تقرؤون الوصية قبل الدين وكان النبي عم يبدأ بالدين الا ان

بريئة الغرماء فحينئذ يصح لزوال المانع وللموصي ان يرجع في وصيته قولا
وفعلا يقطع حق المالك في الغصب كقطع الثوب وخياطته او يزيل ملكه
كالبيع والهبة وان اشتراه او رجع بعد ذلك او يوجب في الموصى به زيادة
لا يمكن التسليم الا بها كلت السويق والبناء في الدار والحشو في القطن وقطع
الثوب وذبح الشاة رجوع والاصل فيه ان كل فعل لو فعله الانسان في ملك
غيره اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي بالعين الموصى بها كان
رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا او الصفر آنية لانه لما اثر في قطع ملك المالك
فلان يؤثر في المنع اولى وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمه الا
به فهو رجوع اذا فعله فيه وكذا كل تصرف اوجب زوال الملك فهو رجوع
وكذا اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فاذا ثبت هذا فنقول اذا اوصى بثوب
ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم غزله او بغزل فنسجه ينقطع به حق المالك لو حصل
ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل باسمه وصار عينا اخرى غير
الموصى به وكذا لو اوصى بسويق فلته بسمن او بالعسل او بدار فبنى فيها او
بقطن فحشي به او ببطانة فبطن بها او بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه
لا يمكن تسليم الموصى به وحده للاختلاط بغيره وكذا اذا باع العين الموصى بها
او وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشراء او بالرجوع عن
الهبة لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك فتبطل به الوصية لا غسل
الثوب الموصى به وتجصيص الدار الموصى بها او هدمها اي لا يكون هذه الافعال
رجوعا لانه تصرف في التبع ومن اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان
تقريرا معنى والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابي يوسف لان الجحود نفي في الماضي
والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان اولى ان يكون رجوعا ولهذا
كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد ان الجحود نفي الماضي و
الانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال فكان الجحود
لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي فيهما فكان حقيقة نفي
في الماضي يلزم منه الانتفاء في الحال ان كان صادقا فلا يكون احدهما اخص من الاخر
مع اختلاف حقيقتهما ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا ولا اي ليس برجوع ايضا
قوله اخرت الوصية لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال
تركته لانه اسقاط لو كان وصية ووصيت به لفلان فهي حرام لا يكون رجوعا لان
الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب
المتلاشي ولو قال ما اوصيت به لفلان فهو لفلان فرجوع لان اللفظ
يدل على قطع الشركة الا ان يكون فلان الثاني ميتا حين اوصى فالوصية للاول

على حالها لان الوصية انما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم يتحقق فبقى الاول ●
وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها اى بعد الهبة والوصية لان
فى هذا الفصل ان يكون الموصى له وارثا او غير وارث لجواز الوصية وفسادها يعتبر يوم
الموت لا يوم الوصية وفى الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار لجوازه
وفساده اما بطلان الوصية فلما مر فيه ولانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت
وهى وارثة حينئذ والوصية للوارثة باطلة واما الهبة وان كانت منجزة صورة فهى
كالمضافة الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانها تبرع يتقرر حكمه
عند الموت وكذا تبطل اقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر او الرقيق ان اسلم او عتق
بعد ذلك اى بعد الاقرار والوصية والهبة اما الاقرار فانه وان كان ههنا بنفسه
لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فتورث تهمة الايثار فصار باعتبار
التهمة ملحقا بالوصايا ● وهبة المقعد والمفلوج والاشل والمسلول من كل ماله
ان طال مدته سنة ولم يخف موته والا فمن ثلثه يعنى ان هذه امراض مزمنة فمن عرض
له واحد منها وتصرف بشيء من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول
الاربعة كان المرض مرض الموت فيعتبر تصرفاته من الثلث وان مات بعد تمامها
لم يكن مرض الموت لانه اذا سلم فى الفصول التى كل منها مظنة الهلاك صار المرض
طبعا من طبائعه وخرج صاحبه من احكام المرض حتى لا يشتغل بالتداوى ●

باب الوصية بثلث المال

ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم تجز
ورثته قسم الثلث بينهما نصفين لان ثلث المال لا يضيق عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند
عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل
يقبل الشركة فيكون الثلث نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع
عن الاولى ● ولو اوصى لاحدهما بثلثه ولاخر بسدسه فلم يجز ورثته قسم
الثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث
عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل
السدس سهما لانه الاقل فصار ثلثة اسهم لصاحب السدس سهم
ولصاحب الثلث سهمان ● ولو اوصى لاحدهما بثلثه ولاخر بثلثيه
او بنصفه او بكله ولم يجزه الورثة فنصف الثلث بينهما عند ابى حنيفة رح
وعندهما يثلث فى الاول ويخمس فى الثانى خمسان للاول وثلثة اخماس للثانى ويربع
فى الثالث ربع لصاحب الثلث وثلثة ارباع لصاحب الكل فيضرب الموصى له بما زاد على
الثلث لان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع لحق الورثة ولا مانع
من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة ولابى حنيفة ان الوصية بما زاد على الثلث وقعت
بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا يتصور نفاذها بحال فبطلت

والا يعتبر الباطل والتفضيل ثبت فى ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق
● ولا يضرب الموصى له بالزائد على الثلث عند الامام ابى حنيفة الا فى المحاباة
صورتها لو كان عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى ان يباع
احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فالمحاباة حصلت لاحدهما الف وللاخر خمسمائة
والكل وصية لكونه فى حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر
الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالف بحسب وصيته والموصى له الاخر بحسب
وصيته وهى خمسمائة فلولا هذا الاستثناء لكان على قول ابى حنيفة وجب ان لا يضرب
الموصى له بالف الا من خمسمائة والسعاية صورتها ان يوصى بعتق عبدين قيمة احدهما
الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا
عتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته
الفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته الف ويسعى فى الباقى والدراهم المرسلة
اى المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا ونحوهما صورتها ان يوصى لرجل بالفين
ولاخر بالف وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد
منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر
يخرج هذا القدر من الثلث ووجه فرق الامام بين هذه الصور الثلاث وبين
غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما
والشرع ابطل الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر فى حق الضرب
بخلاف ما اذا لم يكن مقدرة بحيث لا يكون فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا
اوصى بخمسمائة درهم او بالفين وفى ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة قطعا
لامكان ان يظهر له مال فوق المائة واذا لم يكن باطلة بالكلية يكون معتبرة فى حق
الضرب ● وتبطل الوصية بنصيب ابنه وتصح بمثل نصيب ابنه لان الاولى
صحيحة لان الجميع ماله فى الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به وقيل يجوز انه حذف
المضاف واقام المضاف اليه مقامه فقوله اوصيت بنصيب ابنى اى بمثل نصيبه ومثله
شائع لغة قال الله تعالى واسئل القرية اى اهلها ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت
فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشيء غيره واما حذف
المضاف انما كان اذا كان ما يدل عليه كما فى الاية لان السؤال يدل على المسؤل ولم يوجد هنا
ما يدل على المحذوف فلا يجوز فلو كان له ابنان فللموصى له الثلث والقياس ان يكون
له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف
وجه الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وان ثلثة
فالربع اى ان كان الابناء ثلثة فللموصى له الربع ● وان اوصى بجزء من ماله
فالتعيين الى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل

والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم
بيانه قال اوصى بسهم فالسدس لما روى عن ابي حنيفة ان السهم عبارة عن السدس
نقل ذلك عن ابن مسعود رض وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان
يكون اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال في الاصل له اخس سهام الورثة
الا ان يكون اكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السدس لمنع النقصان وعندهما
مثل نصيب احدهم لان السهم يراد به نصيب احد الورثة الا ان يزيد على الثلث
ولا اجازة قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء • قال اوصى بسدس
ماله لفلان ثم بثلث ماله واجازوا فله الثلث لان الثلث متضمن للسدس فيتداخل فيه
ولا يتناول الاكثر من الثلث قال اوصى بسدسه ثم بسدسه فله السدس يعني سواء اتحد
المجلس او اختلف لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيد
معرفا كان الثاني عين الاول وهذا قال ابن عباس في قوله تعالى فان مع العسر يسرا
ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين • ولو اوصى بثلث دراهمه او غنمه او ثيابه
وهي من جنس واحد فهلك الثلثان فله الباقي ان خرج من الثلث وقال زفر له ثلث
ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد مشترك بينهم والمال المشترك يهلك ما هلك منه
على الشركة ويبقى الباقي كذلك وصار كما اذا كان الموصى به اجناسا مختلفة ولنا انه يمكن
بعضهم على جمعه في البعض المتعين في الجنس الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة
وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في البعض الباقي فصار كما اذا اوصى بدراهم
او بعشرة دراهم او بعشرة اراس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمى
فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن
الجمع فيها جبرا فكذا تقديما وليس المال المشترك انما يهلك الهالك على الشركة ان لو
استوى الحقان اما اذا كان احدهما مقدما على الاخر فالهالك يصرف الى المؤخر
كما اذا كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهالك
يصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة
على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فصرف الهالك الى الارث
بعد بقاء الوصية على وجه لا ينقص حق الورثة عن الثلثين من جميع التركة اذ لا يسلم
للموصى له شيء حتى يسلم للورثة ضعفا ذلك وكذا كل مكيل وموزون • قال اوصى بثلث
ثيابه وهي متفاوتة فهلك الثلثان فله ثلث ما بقي من الثياب لا من ثلث ما بقي من ماله
لما ذكرناه قال اوصى بثلث عبيده فكذلك وعندهما كل الباقي وقيل هو وفاق ان
اذا اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد او بثلث ثلاثة من الدور وهو جنس له الثلث
الباقي لكثرة التفاوت هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف
المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما على قولهما

فاذا كان من جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار
الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم
في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث وقال الامام
فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي
القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع ولا بد من اجتهاد القاضي وجمعه لتعذر الجمع
واذا لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك والاول
وهو ان يكون في المسألة خلاف اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى
الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما
يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا والدواب كالعبيد في الاحكام المذكورة
• قال اوصى بالف وله عين ودين فهي اي الوصية عين ان خرجت من ثلث
العين لانه ايفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس باحد فيصار اليه والا اي ان
لم يخرج من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين وثلث ما يستوفى من
الدين حتى يتم يعني ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث
العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الالف
لان الموصى له شريك الوارث في الحقيقة الا يرى انه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة
ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين مزية على الدين ولان
الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف انه لا مال له وله دين على الناس
لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل
النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين اثلاثا فيصار اليه • قال اوصى
بالثلث لزيد وعمرو واحدهما ميت فالثلث كله للحي لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يزاحم الحي الذي هو اهل لها وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث
لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته
لان الوصية لغو لعمرو فكان راضيا بكل الثلث للحي • قال قال ثلث مالي بين زيد
وعمرو ميت فالنصف اي نصف الثلث للحي لان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل
لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال ثلث مالي لفلان وفلان فاذا احدهما ميت حيث يكون
كل الثلث للحي لان الجملة الاولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم الا ان العطف
يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم
المزاحمة فاذا لم تثبت المزاحمة تتكامل • قال اوصى بثلث ماله ولا مال له فاكتسب
فله ثلث ماله عند الموت اي اذا اوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له ثم اكتسب كان
له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت و
يثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية او قبله

• وان اوصى بثلث غنمه ولا غنم له او كان له غنم فهلك قبل موته بطلت الوصية
لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما اخر بعد ذلك لا تتعلق
بذلك حق الموصى له ولو لم يكن له غنم وان استفاد غنما ثم مات ولم يكن له غنم عند الوصية
فاستفادها ثم مات صحت الوصية في الصحيح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا
كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غير • وان اوصى بشاة من ماله
ولا شاة له فله قيمة شاة لانه لما اضاف الشاة الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية
الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له
قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدون الاضافة الى المال تعتبر صورة الشاة و
معناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية و
لو اوصى بشاة من غنمه ولا غنم له لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان مراده عين
الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كل
نوع من انواع المال كالبقر والثوب ونحوهما • وان اوصى بثلث ماله لامهات
اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اخماسه ولكل فريق
من الفقراء والمساكين خمس وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
يقسم اسباعا لامهات الاولاد ثلثة اسباعه ولكل فريق من الفقراء والمساكين
سبعان لان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان قال الله تعالى فان كان
له اخوة فلامه السدس وقال تعالى فان كن نساء فوق اثنتين والمراد بالاثنتين
اثنان فكان من كل طائفة اثنان وامهات الاولاد ثلثة فكان المجموع سبعة فيقسم
اسباعا ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل
كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بها الجنس اذا لم يكن ثمة معهود قال الله تعالى لا يحل لك النساء
من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء كل شيء حي ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى
لتعذر ارادة الكل وهذا لو حلف لا يشتري العبيد حنث بالواحد فيتناول من كل فريق
واحد وامهات الاولاد ثلث فتبلغ السهام خمسة وليس فيما مر دلالة على ما ذكره لان
المذكور في الاثنين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال
• وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله نصفه ولهم نصفه عندهما وعند محمد له
ثلثه ولهم ثلثاه وقد بينا ماخذ كل واحد من الفريقين ولو اوصى للمساكين كان له صرفه
الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما ذكرنا • وان اوصى
بمائة لرجل ومائة لاخر ثم قال لاخر اشركتك معهما فله ثلث كل مائة ولو
بمائة لرجل وخمسين لاخر ثم قال لاخر اشركتك معهما فله نصف ما لكل واحد منهما
لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة
وقد امكن مساواة الثالث للاولين لاستواء المالين فياخذ هو من كل واحد منهما

ثلث المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية
لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فياخذ
النصف من كل واحد من المالين ولو اوصى لرجل بجارية ولاخر بجارية اخرى ثم قال لاخر
اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع
وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند ابي حنيفة له نصف
كل واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق فكانتا كجنسين مختلفين وهما يريان قسمتها
فصار كالدراهم المتساوية ولو اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لاخر اشركتك او ادخلتك
معه فالثلث بينهما لما ذكرنا • وان قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه فانه
يصدق الى الثلث وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول
وان كان صحيحا لكنه يؤمر بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي
لا يصدق الا بحجة فتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من ادعى
علي شيئا فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا ان يقول ان راى الوصي ان يعطيه
فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على
الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل
الحق عليه دون مقداره سعيا في تفريغ ذمته فيجعله وصية جعل التقدير
فيها الى الموصى له كانه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي
ما شاء وهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق الى الثلث • فان اوصى مع ذلك
بوصايا عزل الثلث لها اي للوصايا والثلثان للورثة ويقال لكل من اصحاب
الوصايا والورثة صدقوه فيما شئتم فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به
والورثة بثلثي ما اقروا به ويحلف كل على العلم بدعوى الزيادة على ما اقروا بيانه اذا اوصى
مع المقر له الاول بذا رجوع عنه عزل الثلث للمقر له والموصى له والثلثان للورثة لان
ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم
عزل المعلوم فبعد ما عزل يقال لكل من اصحاب الوصايا والورثة صدقوه فيما شئتم
وما بقي من الثلث فلاصحاب الوصايا لانا نعلم فيه صاحب الدين وفي العزل فائدة
اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر
الد والخصم وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا عزلنا علمنا ان في التركة
دينا شائعا في كل التركة فامر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا اخذ اصحاب
الثلث بثلث ما اقروا به والباقي لهم والورثة بثلثي ما اقروا به لينفذ اقرار كل فريق في قدر
حقه وعلى كل فريق منهم اليمين على العلم في دعوى الزيادة اي اذا ادعى المقر له زيادة على ذلك
لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره • وان اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية
ولا شيء للوارث لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الاخر

بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية
انشاء تصرف وهو تمليك منهما والشركة تثبت حكما للتمليك فيصح في حق من يستحقه
دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر اما الاقرار فاخبار
اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف
لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو
قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي
شيئا ويشاركه الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة
احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال في النهاية قال الامرتاشي هذا التعليل
اما اذا اقر الاجنبي بشركة الوارث او انكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة
الاجنبي عند محمد لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فبطل في حقه
وثبت في نصيب الآخر وعندهما ابطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي
وانما اوجبه مشتركا بينهما فبطل كما بينا • وان اوصى لكل من ثلثة انفس بثوب وهي
اي تلك الثياب الموصى بها متفاوتة جيد ووسط وردي فضاع منها ثوب ولم يدر
ايها هو والورثة تقول لكل منهم هلك حقك واذا ادري من هو هلك اذ فخ لكم شيئا
بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فيبطل
قال فان سلموا اي الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل
وانما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم واذا سلموا الباقي زال المانع فصارت صحيحة
على ما كانت فتقسم بينهم فلذي الجيد ثلثا جيدها ولذي الردي ثلثا رديها
ولذي الوسط ثلث كل منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان صاحب الجيد
لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب
الردي لا حق له في الجيد الباقي لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له
فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال ولا ذهب
ثلثا الجيد وثلثا الردي لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق
صاحب الوسط فيه ضرورة • وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة قسمت
فان خرج البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له يعني اذا كانت الدار مشتركة
بين اثنين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فان الدار يقسم فان وقع البيت
في نصيب الموصي فذلك البيت بعينه يكون للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد له نصفه اي للموصى له نصف ذلك البيت وان اي وان وقع ذلك البيت
في نصيب الآخر فله قدر ذرعه اي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
للموصى له مثل ذرع نصف البيت الموصى به وعند محمد للموصى له قدر نصف ذرعه
لانه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فنفذ الاول وتوقف

الثاني وهو ان يملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا ينفذ الوصية السابقة كما
اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي به ينفذ
الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه فله مثل ذرع نصف
البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ
الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع الموصى به حيث لا يتعلق الوصية بثمنه لان الوصية
تبطل بالاقدام على البيع لما بينا انه يبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر به
ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك
يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع
في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود الافراز
تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب
شريكه ولو كانت مبادلة تبطل كما لو باع الموصى به فعلى اعتبار الافراز صار كان البيت
ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر ينفذ في قدر ذرعان البيت
جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي لانه عوضه ولان مراد الموصي من ذكر
البيت تقديره به غيرا انا نقول يتعين البيت اذا وقع البيت في نصيبه جمعا
بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او نقول
انه اراد التقدير على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه واراد التمليك على اعتبار
وقوعه في نصيبه ولا يبعد ان يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين الا ترى
ان من علق باول ولد تلده امته طلاق امراته وعتق ذلك الولد تقيد في حق
العتق بالولد الحي وفي حق الطلاق تم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة
ذراع والبيت عشرة اذرع نقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على عشرة
اسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت
وهو خمسة اذرع وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذي صار له وهو خمسة
واربعون وهو نصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار
عشرة اسهم وعندهما يقسم على خمسة اسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة
اذرع بنصيبه كما لو كان البيت الموصى به وهو اربعون ذراعا فيجعل كل عشرة اذرع سهما
فصار المجموع خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة لهم والاقرار ببيت معين من دار
مشتركة كالوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما
وان وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف او قدر النصف
وقيل لا خلاف فيه لمحمد وهو المختار والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى
ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية
بملك الغير لا يصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا يصح وصيته ولا ينفذ •

• وان اوصى بالف عين من مال غيره فاجاز الاجازة بعد موت الموصي وله
المنع بعد الاجازة اي اذا اوصى بالف درهم بعينها من مال غيره فاجاز
صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد
الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه واذا اجاز كان منه
هذا ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف الورثة لو
اجازوا ما زاد على الثلث يعني اذا اوصى بالزيادة على الثلث او للقاتل او
للوارث فاجازتها الورثة حيث لا يكون لهم ان يمتنعوا من التسليم لان الوصية
في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا اجازوها
سقط حقهم فينفذ من جهة الموصي • وان اقر احد الابنين بعد القسمة
بوصية ابيه بالثلث فعليه دفع ثلث نصيبه لانه اقر بثلث شايع في جميع
التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد اخيه فيقبل
اقراره في حق نفسه لولايته على نفسه ولا يقبل في حق اخيه لعدم ولايته عليه
بخلاف ما اذا اقر بالدين على ابيهما حيث ياخذ صاحب الدين لانه يقدم جميع ما في يد
المقر ليستوفي دينه ولا شي للمقر ان لم يفضل منه شي لان الدين مقدم على الميراث
فيكون مقرا بتقدمه عليه • وان اوصى بامة فولدت بعد موته فهما اي
الامة والولد للموصى له ان خرجا من الثلث لان الام دخلت في الوصية
اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة
مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه
دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له والا اي ان لم يخرجا من الثلث
اخذ الثلث منها اي من الام اولا ثم منه اي من الولد ان فضل شي من الثلث
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ منهما على السواء لان الولد دخل
في الوصية تبعا حال الاتصال بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال كما اذا وقع
بيعها من فلان بكذا من الثمن او عتقها بولدت وكما اذا ولدت المبيعة قبل القبض
فانه يسري الى الولد حتى يباع او يعتق معها ويكون له حصة من الثمن اذا ولدته قبل
القبض فتنفذ الوصية ايضا فيهما على السوية من غير تقديم الام كان الوصية وقعت
بهما جميعا ولابي حنيفة ان الام اصل والولد تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الاصل فلو
نفذنا الوصية فيهما جميعا لتنقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف
البيع والعتق لان تنفيذه في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا
فيه غير ان الثمن لا يقابل الاصل بالعقد ضرورة مقابلته بالولد اذا دخل في الثمن
الذي عينه الموصي او ولدت المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض الولد معها لان
ذلك لا يبالي به ولا اثر له في النقض لان الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون

ذكره وان كان فاسدا حتى لو كان في البيع بالثمن الذي عينه الموصي محاباة يحتمل ان يكون على
الخلاف في هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته بعدهما فهو للموصى له لانه
نماء ملكه خالص لانه ملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد القبول قبل القسمة ذكر
القدوري انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث ولو كان للموصى له من جميع
المال كما لو ولدته بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث
كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل موت الموصي لم يدخل في الوصية فيكون للورثة
كيفما كان والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا

باب العتق في المرض

المعتبر حال العقد
في التصرف المنجز اي الذي اوجب حكمه في الحال قال كان العتق في الصحة فمن كل المال
وان كان في المرض الموت فمن ثلثه ولا مرض صح منه كالصحة لان حق الورثة والغرماء
لا يتعلق حقهم بماله الا في مرض موته وبالبرء تبين انه ليس بمرض الموت فلا
حق لاحد في ماله فالتحرير في مرض الموت والمحاباة والكفالة والهبة وصية في
اعتباره من الثلث فان اعتق وحابى وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى وان قدم
وهما سواء ان اخر عند ابي حنيفة وقالا هما سواء في المسئلتين والاصل
فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع
وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض
والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض
لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه لا يلحقه الفسخ
من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا
قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه سواهما من اصحاب الوصايا ولا
يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ
والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان
المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو
لا يحتمل الدفع فكان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة ان اعتق بين
محاباتين فنصف للاولى ونصف بين العتق والاخيرة يعني اذا حابى ثم اعتق ثم حابى
قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان وان حابى بين عتقين فنصف للمحاباة و
نصف للعتقين يعني اذا اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة
وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى في الجميع لما
بيناه • وان اوصى بان يعتق بهذه المائة عبد فهلك منها درهم

والمحاباة اي المحاباة في المرض
الكائنة في [illegible]
الصحة

بطلت الوصية عند أبي حنيفة وعندهما يعتق بما بقي لأنه وصية بنوع
قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق
لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ في غير
الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنه قربة محضة هي حق الله
تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه
الباقي ولو كان مكان العتق حج حج بما بقي إجماعا لما ذكرناه ● وسقط الوصية
بعتق عبده لو جنى بعد موت سيده فدفع بها أي إذا أوصى بعتق عبده ثم مات
المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لأن حق ولي
الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لأنه يتلقى
الملك من جهة الموصي وملك الموصي باق إلى أن يدفع وبه يزول ملكه فإذا خرج به
عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته بالدين وإن فداه ولي
أي لا تسقط الوصية إن فداه الورثة وكان الفداء في أموالهم لأنهم هم الذين التزموه
وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية فصار كأن لم يجن ● ولو أوصى لزيد بثلث
ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في الصحة والوارث عتقه في المرض فالقول للوارث
ولا شيء لزيد إلا أن يفضل الثلث عن قيمته أو يبرهن على دعواه أن العتق كان في الصحة لأن الموصى له
يدعي استحقاق ثلث ماله غير العبد لأن العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث
ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لأن العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره
من الوصايا فيذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا استحقاقه
فالقول للمنكر مع يمينه ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات
للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين ولا شيء للموصى له
إلا أن يفضل من الثلث شيء من قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له
البينة أن العتق وقع في الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد لأن الثابت بالبينة
كالثابت معاينة والموصى له خصم بالإجماع لأنه يثبت حقه وكذا العبد أما عند أبي حنيفة
فظاهر لأن العتق حق العبد فيكون خصما فيه لإثبات حقه وأما عندهما فلأن العتق وإن كان
حق العبد وإن كان حق الله تعالى فيكون بذلك خصما ● ولو ادعى رجل على الميت دينا والعبد
إعتاقه في صحته وصدقهما الوارث سعى العبد في قيمته ودفع إلى الغريم وهذا عند أبي حنيفة
وعندهما يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث
في كلام واحد فصار كأنهما وجدا معا أو ثبت ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب
السعاية وإن كان على المعتق دين وله أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق
لأنه يعتبر إقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والأقوى يدفع الأدنى
● وإن اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض وإن أخرها كالحج والزكاة

والكفارات لأن الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالأهم وإن تساوت
في الفرضية أو غيرها قدم ما قدمه لأن الظاهر من حال المرء أن يبدأ بما هو
الأهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كأنه نص على تقديمه
باعتبار حاله وقيل تقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها وقيل بالعكس
وهو رواية عن أبي يوسف لأن الحج يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال فقط فكان
الحج أقوى ويقدم الحج والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين لأنه
لأنه جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون
الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم وقال تعالى فتكوى
بها جباههم وجنوبهم وظهورهم وقال تعالى ومن كفر فإن الله غني عن العالمين مكان
قوله ومن ترك الحج إلى غير ذلك من النصوص والأخبار الواردة فيهما والكفارات على صدقة
الفطر لأنها عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر على الأضحية
للاتفاق على وجوبها دون الأضحية ● وإن أوصى بحجة الإسلام حجوا عنه رجلا من
بلده راكبا إن وفت النفقة لأن الواجب عليه أن يحج عنه من بلده فيجب عليه الإحجاج
كما وجب لأن الوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما شرط أن يكون راكبا لأنه لا يلزمه
أن يحج ماشيا فوجب عليه الإحجاج على الوجه الذي لزمه وإلا فمن حيث تفي أي إن لم يف
الثلث النفقة إذا حجوا عنه من بلده أحجوا عنه من حيث يبلغ لأن مقصوده تنفيذ
الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن إذ لم يمكن تنفيذها على صفة أوصى بها الموصي وهو
أولى من إبطاله ● وإن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق وأوصى بالحج عنه حج عنه
عن بلده وإن حجوا عنه من موضع آخر فإن كان أقرب من بلده إلى مكة ضمنوا النفقة
وإن كان أبعد لا ضمان عليهم لأنهم في الأول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال
والإطلاق يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند
أبي حنيفة وعندهما يحج عنه من حيث مات استحسانا لأن سفره بنية الحج
وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله
تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ثم يدركه الموت فقد
وقع أجره على الله ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من
ذلك المكان كأنه أهل ذلك المكان ولأبي حنيفة أن الوصية تنصرف إلى الحج
من بلده لأنه الواجب عليه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه السلام كل عمل
ابن آدم ينقطع بموته إلا عن ثلاثة والمراد بالمتلو في حق أحكام الآخرة من الثواب
وهذا الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالإجماع
لأنه لو حج بنفسه إنما يتجهز من حيث هو فكذا إذا حج غيره لأن وطنه حيث حل
وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق حيث يحج عنه ثانيا

من وطئه عند ابي حنيفة وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناهما في كتاب الحج

باب الوصية للاقارب وغيرهم

جار الانسان ملاصقه عند ابي حنيفة وهو القياس لانه ماخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل عليه قوله عم الجار احق بسقبه حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق الجوار وعندهما من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لانهم كلهم يسمون جيرانا عرفا وشرعا قال النبي عم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران البر بهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصق وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعي الجار الى اربعين دارا من كل جانب لقوله عم الجار اربعون دارا هكذا وهكذا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل ولا يدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده بالاختصاص به ثبت له ولا يملكه المولى الا بالتملك منه الا ترى انه يجوز له اخذ الزكوة وان كان مولاه غنيا بخلاف المدبر وام الولد والارملة يدخل لان سكناها مضاف اليها ولا يدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم يكن جارا حقيقة • وصهره من هو ذو رحم محرم من امراته لما روي ان النبي عم لما تزوج صفية رضي الله عنها اعتق كل من ملكه من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة ولم يقيده بالمحرم وقال الفراء في قوله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر من يحل نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من القرابة التي يحل تزوجها وعن ابن عباس في ذلك فانه قال حرم الله من النسب سبعا فقرا حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وحرم من الصهر سبعا فقرا وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين قال في المغرب عقيب ذكره قال الازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة ابيه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار وشرطه ان يموت وهي منكوحة او معتدة من طلاق رجعي لا من بائن سواء ورثت بان ابانها في المرض او لم ترث لان الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلواني الاصهار

في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه اللاتي يموت هو وهن نساؤه او في عدة منه وفي عرفنا ابو المراة وامها ولا يسمى غيرهما صهرا • وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه كازواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذي رحم محرم من ازواجهن لانهم يسمون اختانا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي في ذلك الحر والعبد والاقرب والابعد • واقاربه واقرباؤه وذو قرابته وارحامه وذوو ارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد وفي الجد والجدة وولد الولد روايتان في ظاهر الرواية يدخلون فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف انهم لا يدخلون فيه وان لم يكن له ذو رحم محرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف ويكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لانها اخته وعندهما يكون الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام بان اسلم او ادرك الاسلام وان لم يسلم لهما ان الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب حقيقة الكل اذ هي مشتقة من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به ولابي حنيفة ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في اختها لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام ولان المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب يختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع وانما لا يدخل فيه قرابة الولاد عنده لانهم لا يسمون اقرباء عادة ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب في عرف اهل اللغة من يتقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والعطف للمغايرة ولو كان منهم لما عطفوا عليهما وقيل ما ذكراه من انه يصرف الى اقصى اب له في الاسلام كان في ذلك الزمان حين لم يكن في ابناء الاحياء الذين ينسبون الى اقصى اب له في الاسلام كثرة فاما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فيصرف الوصية الى اولاد ابيه وجده وجد ابيه واولاد امه وجدته وجدة امه ولا يصرف الى اكثر من ذلك ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين فمن له عمان وخالان الوصية لعميه لانهما اقرب كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية فكان لهما وهذا عند ابي حنيفة وعندهما الكل على السوية اي يكون بينهم ارباعا لانهم لا يعتبرون الاقرب ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فاخذ هو النصف لانه اقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه

بخلاف ما اذا اوصى لذى قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز الواحد
جميع الوصية اذ هو الاقرب ● ولو كان له عم واحد فقط فنصفها له لما بينا انه لا بد
من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه
اثنان فى الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الاخر
يرد الى الورثة ● ولو كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السوية
لان قرابتهما مستوية ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا ولا شئ للخال والخالة لانه
كمل النصاب بالعم والعمة فلا حاجة الى ضم الخال والخالة اليهما وهذا عند ابى حنيفة
وعندهما الوصية للكل على السوية فى جميع ذلك ولا يختص الاعمام بالوصية دون
الاخوال ● واهل الرجل زوجته عند ابى حنيفة وعندهما تتناول كل من يعولهم
وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى
واتونى باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان فى عياله
ولابى حنيفة ان الاسم حقيقة للزوجة تشهد بذلك النص والعرف قال تعالى وسار
باهله وقال لاهله امكثوا ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة
المستعملة ● وآله اهل بيته لان الال القبيلة التى ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب
اليه من قبل ابائه الى اقصى اب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى
والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات و
اولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون الى ابيه وانما ينسبون
الى ابائهم فكانوا من جنس اخر ومن اهل بيت اخر لان النسب يعتبر من الاباء
وابوه وجده من اهل بيته لان الاب اصل النسب والجد اصل نسب ابيه ●
واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب وجنسه اهل بيت ابيه فيكون حكمهما
كحكم الال ولو اوصت امرأة لجنسها او لاهل بيتها لا يدخل ولدها لان ولدها ينسب
الى ابيه لا اليها الا ان يكون ابوه من قومها ● والوصية لبنى فلان وهو اب صلب
للذكور خاصة ● عندهما وهو رواية عن الامام يدخل الاناث ايضا لان جمع
الذكور يتناول الاناث ولابى حنيفة ان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه
للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او
فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب
كبنى ادم ● والوصية لورثة فلان فهى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم
مشتق من الوراثة وهى بين اولاده واخوته كذلك فكذا الوصية ثم شرط هذه الوصية
ان يموت الموصى لورثته قبل موت الموصى حتى يتحقق ورثته منهم حتى لو مات الموصى قبل
موت الموصى لورثته بطلت الوصية ● فى الوصية لولد فلان للذكر والانثى على السوية
لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ● ولا يدخل اولاد الابن فى الوصية عند وجود

اولاد الصلب لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب فلو كان له بنات
صلبية وبنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ويدخلون عند عدمهم
اى يدخل اولاد الابن فى الوصية عند عدم اولاد الصلب لان اسم الولد
ينتظم ولد الصلب حقيقة وولد الولد مجازا فاذا تعذر الحقيقة صرف الى
المجاز تحرزا عن التعطيل دون اولاد البنات ● ولو اوصى لبنى فلان وهو
ابو قبيلة لا يحصون فهى باطلة لما ذكرناه ● ولو لايتامهم اى لو اوصى
لايتام بنى فلان او عميانهم او زمناهم او اراملهم فللغنى والفقير منهم والذكر
والانثى ان كانوا يحصون وللفقراء منهم خاصة ان كانوا لا يحصون لان المقصود من
الوصية القربة وهى فى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله
على الفقراء ● ولو اوصى لمواليه فهى لمن اعتقهم فى الصحة او المرض واولادهم ولا يدخل
مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة
الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق
لازم ولا يدخل موالى الموالاة وعن ابى يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم
يتناولهم على السوية ومحمد يقول الجهة مختلفة فى المعتق الانعام وفى الموالى عقد
الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيه موالى الموالى لانهم
موالى غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه الا
عند عدمهم اى الا عند عدم الموالى والا اولادهم لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه
عند تعذر اعتبار الحقيقة ● وتبطل الوصية ان كان له معتِقون ومعتَقون اى فيما اذا
اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعى فى بعض
كتبه ان الوصية لهم وذكر فى موضع اخر انه توقف حتى يصطلحوا وله ان الاسم يتناولهم
لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة
والاخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما
اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه
● واقل الجمع اثنان فى الوصايا كالمواريث وقد بيناه من قبل هذا ●

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

تصح الوصية بخدمة عبده
وسكنى داره وبغلتهما مدة معينة وابدا لان المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة
ببدل وبغير بدل فكذا بعد المماة لحاجته كما فى الاعيان ويكون محبوسا على ملك
الميت فى حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع
الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما فى العارية فانها تمليك على
اصلنا فان خرج ذلك من الثلث سلم الى الموصى له لان حق الموصى له فى الثلث
لا تزاحمه الورثة فيه وان لا اى ان لم يخرج من الثلث قسمت الدار اثلاثا للانتفاع به

لا يمكن قسمة عين الدار وهو عدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا ولو اقتسموا الدار
مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه اعدل وليس
للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار لان حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار ظاهر بان ظهر للميت مال آخر وخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة
فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ذلك فمنعوا عنه وبخلاف ما في العبد
يومين هذا اي للورثة ويوما له اي للموصى له لان حقه في الثلث وحقهم في
الثلثين كما في الوصية بالعين هذا اذا صارت الوصية غير موقتة وان كانت
موقتة بوقت كالسنة مثلا وان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين و
الموصى له يوما الى ان يمضي ثلث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى
حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصي فبطلت الوصية وان
مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما وللورثة يومين الى ان يمضي تلك السنة فاذا
مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصي بعد مضي بعضها فاذا مات الموصى له
رد الموصى به العبد او الدار الى ورثة الموصي لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بغير
رضاه وذلك غير جائز وان مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لانها تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد
موته فبطلت • ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لا يجوز له السكنى والاستخدام
في الاصح لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع
نفسها ولا شك انهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين امكنهم اداؤه
من الغلة باسترداد ها منه بعد استغلالها ولا يمكن ذلك اذا استوفى المنافع نفسها •
ولا يجوز ايضا لمن اوصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار لان
الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا
بالاعارة فانه تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة
لانه تمليك ببدل كذا هنا • وان اوصى له بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه
الثمرة فقط وان زاد بان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وما يستقبل
ما عاش وان اوصى بغلة بستانه فله الموجود وما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم
للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد
الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فينتظم الموجود وما
يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة
ارضه وداره فاذا اطلقت تتناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة
اخرى اما الثمرة فاذا اطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد

عليه واما قوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها
فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان كذلك لان
الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان في البستان
ثمرة عند موت الموصي صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز ولا يجوز الجمع
بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد يتناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز
• وان اوصى له بصوف غنمه او لبنها او اولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط
قال ابدا او لم يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده فهذا
هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة لانها تستحق بغير وصية من العقود
كالمزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية اولى لانها اوسع بابا من غيرها وكذا الصوف
على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن تستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع
مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا واما المعدوم منها فلا يستحق بشيء من العقود فكذا بالوصية
• ثم مسائل هذا الباب وجوه ثلثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد او
لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة
عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد او لم يذكر كالوصية
باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن ومنها ما يقع على المعدوم و
الموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة

باب وصية الذمي

ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات
فهي ميراث لانه بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا
واما عندهما فلان هذا معصية فلا يصح وان كان قربة في معتقدهم ولو اوصى بذلك لقوم
مسمين جاز من الثلث اي اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة لناس معينين فهو جائز
من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فامكن تصحيحها على اعتبار
المعنيين وكذا في غير المسمين اي اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة لغير معينين
فهو جائز ايضا وهذا عند ابي حنيفة خلافا لهما فان عندهما الوصية باطلة لان
هذا معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها
تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون
فيجوز بناء على معتقدهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في
معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق [illegible]
بين بنائه وبين الوصية بان البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك الباني
بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة
لله تعالى فيورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير ان
ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو

قربة عندهم على مقتضاه فيزول املاكه فلا يورث قال مشايخنا هذا اذا اوصى ببناء
في القرى واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة
في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا اوصى ان يذبح خنازيره ويطعم المشركين
من غير تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على انه تمليك
● وتصح وصية مستأمن لا وارث له في دارنا بكل ماله مسلما او ذميا لان امتناع
الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مرعي لانهم اموات
في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته
وقد اسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز بالاكثر من الثلث الا
باجازتهم لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمي ● وان اوصى ببعضه نفذت
الوصية ورد الباقي الى ورثته وتصح الوصية له مادام في دارنا من مسلم او ذمي لانه
مادام في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يصح
المسلم والذمي للحربي المستأمن لانه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها
فصار كالارث والاول اظهر لان الوصية تمليك مبتدا ولهذا تجوز للذمي والعبد
بخلاف الارث ● وصاحب الهوى ان لم يكفر بهواه فهو كالمسلم في الوصية لانا
امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كفر فهو كالمرتد اي ان كان يكفر بهواه فهو
بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته قال صاحب الهداية في المرتدة
الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
فجعلها كالذمية وذكر العتابي في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية
او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا
عندهما واما عند ابي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها
لا تقتل عندنا ● ووصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح وصية الذمي لوارثه ولا
بالاكثر من الثلث كالمسلم لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
● ويجوز وصية ذمي لذمي من غير ملته اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة
واحدة ولا لو اوصى لحربي في دار الحرب لان الارث ممتنع لتباين الدارين
فكذا الوصية لانها اخته

باب الوصي

● ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجهه
ورد في غيبته لا يرتد لان الموصي يحتج به وولاية التصرف ولا يعتبر فيلو
يمكنه ان يوصي الى غيره مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه لصار مغرورا
من جهته فيرد رده فيبقى وصيا عليها كان كالوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل فان
قبل في وجهه ورد في وجهه يرتد لان الموصي ليس له ولاية الزامه التصرف ولا غرور
فيه لانه يمكنه ان يوصي الى غيره ● وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار بين
القبول وعدمه لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا ● وان باع الوصي شيئا

من التركة بعد قبوله الوصاية لم يجز له الرد وان كان غير عالم بالايصاء لانه دليل الالتزام
فصار كقبوله وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي بخلاف الوكيل حيث
لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية الموكل فلا يصح
من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم ان يخبره واحد
من اهل التمييز اما الايصاء فخلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف
على العلم كالوراثة ● فان رد بعد موته ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض رده اي ان لم
يقبل الموصى اليه الوصاية حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك
ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصاية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل
لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور
بالثواب ودفع الضرر الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن
الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا اقبل كان
ولانه نصب ناظرا فاذا راى غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن
ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت
متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي لا يلتفت
اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصاية باخراج القاضي اياه ● وان اوصى الى عبد او
كافر او فاسق اخرجه القاضي ونصب غيره هذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان
الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل
في جميع هذه الصور وقيل في العبد باطلة لعدم ولايته وعدم استبداده وفي غيره
ستبطل وقيل في الكافر باطلة ايضا لانه لا ولاية له على المسلم ووجه الصحة ثم
الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره
على ما عرف من اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد
على اجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم
غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على
المال لانه يكون عذرا في اخراجه وتبديله بغيره ● وان اوصى الى عبده او عبد
نفسه فان كان كل الورثة صغارا صح الايصاء عند ابي حنيفة خلافا لهما
لان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على
المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى لا يملك
بيع رقبته وفي اعتبار هذه الولاية تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته
وهذا خلاف الموضوع ولابي حنيفة انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا
للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر

حاز هنا فاما بحال ما اذا كان في الورثة كبار او الايصاء الى العبد لانه
لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول لانه ليس للقاضي ولا للاصاغر
منعه بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس له بيعه والايصاء الى المولى اليه يؤذن بكونه
ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما رواه الحسن عن ابي حنيفة كما اذا
اوصى الى رجلين احدهما يكون في الدين والآخر في العين يكون كل واحد منهما وصيا
فيما اوصى اليه خاصة وان فيهم كبير اي ان كان الورثة كلهم او بعضهم كبارا
بطل الايصاء اجماعا لان للكبار منعه او بيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن
الوفاء بما التزم فلا يفيد • ولو كان الوصي عاجزا عن القيام بالوصية ضم اليه غيره
لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر
يتم باعانة غيره ولو شكا الوصي اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي
قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا يستبدل به غيره رعاية
للنظر من الجانبين وان كان قادرا على التصرف امينا لا يخرجه ليس للقاضي ان يخرجه
لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا يرى انه يقدم
على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان تقدم على غيره وان شكا اليه
الورثة او بعضهم ما لم يظهر منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير
انه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر
في ابقائه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه
عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له • وان اوصى الى اثنين
لا ينفرد احدهما في التصرف في مال الميت وان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد الا بشراء كفن وتجهيز فانه لا يبتني على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي
اشتراط اجتماعهما فساد الميت ولهذا يملكه الجيران ايضا في الحضر والرفقة في السفر
وخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين
ايضا وقضاء دين لانه ليس من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة الا يرى ان
صاحب الحق يملكه اذا ظفر به وطلبه اي طلب دينه وشراء حاجة الطفل لانه
يخاف هلاكه من الجوع والعري وانفراد احدهما بذلك احياء للطفل ولهذا يملكه
كل من هو في يده ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد
معين لانه لا يحتاج فيها الى الراي ورد مغصوب او مشترى شراء فاسدا لما ذكرناه وجمع
اموال ضائعة وحفظ المال وبيع ما يخاف تلفه لان في التاخير خيفة الفوات فكان
فيه ضرورة لا تخفى وعند ابي يوسف يجوز الانفراد مطلقا لان الايصاء من باب الولاية
وهي اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح
فكذا اذا ثبتت شرطا فان الولاية لا تحتمل التجزي لكونها عبارة عن القدرة الشرعية

والقدرة لا تتجزى ولهما ان الموصي انما رضي برايهما لا براي احدهما والفرق بين هذا وبين
الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة بكل منهما على الكمال والسبب هنا
الايصاء وهو اليهما لا الى كل منهما • قال مات احد الوصيين اقام القاضي غيره
مقامه ان لم يوص الى احد لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف وان كان
الحي يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه و
ذلك ممكن بنصب وصي آخر مكان الاول وان اوصى الى الحي جاز وتصرف وحده ولا يحتاج
الى نصب القاضي وصيا آخر • ووصي الوصي وصي في التركتين اي اذا مات الوصي فاوصى
الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول لان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه
فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى
الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل
اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد وينعزل هو بموت الموكل وجنونه
جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء والذي يوضح ذلك ان الولاية
التي كانت للموصي تنتقل الى الجد في النفس والى الوصي في المال ثم الجد قام مقام
الاب فيما انتقل اليه حتى ملك الايصاء فيه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء
اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين
فينزل الثاني منزلته في التركتين • وتصح قسمة الوصي عن الورثة مع
الموصى له يعني اذا مات رجل له ورثة غيب فاوصى الى زيد ولبكر بمبلغ جاز
لزيد الوصي ان يقسم تركته بين ورثته الغيب وبين بكر الموصى له بان ياخذ حق
الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب
ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي ايضا خليفة الميت فيكون
خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه فلا يرجعون اي الورثة على
الموصى له لو هلك حظهم في يد الوصي لان الهلاك بعد القسمة يكون عليهم وتم
الهلاك في حظه لا مقاسمة معهم عن الموصى له اي لا تصح قسمة الوصي مع الورثة
عن الموصى له الغائب لان الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد
ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة
عنه عند غيبته فيرجع الموصى له عليهم اي على الورثة بثلث ما بقي لو هلك
حظه في يد الوصي لانه شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة
ويبقى ما بقي عليهما • وصح للقاضي لو قاسمهم عنه واخذ قسطه اي يجوز للقاضي
ان يقسم التركة عن الموصى له الغائب مع الورثة واخذ قسط الموصى له لان القاضي
نصب ناظرا لا سيما في الموتى والغيب ومن النظر افراز قسط الغائب فنفذ ذلك وصح
حتى لو حضر الغائب وقد ضاع المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي

هذا في المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز اخذه لاحد
الشريكين من غير قضاء ولا رضاء وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة واما ما لا يكال
ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا
القسمة • وفي الوصية بحج لو قاسم الوصي الورثة فضاع عنده يحج من ثلث
ما بقي وكذا لو دفعه لمن يحج فضاع في يده اي اذا اوصى بان يحج عنه فقاسم الوصي
الورثة فهلك ما في يد الوصي يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذا اذا دفعه الى رجل ليحج
عنه بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ان بقي من الثلث شيء اخذ
والا فلا اي ان كان المفرز مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن
مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقي من الثلث الاول وعند محمد لا يؤخذ شيء
فلا يحج عنه • ولو باع الوصي من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز لان الوصي
قائم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال الصحة يجوز بيعه وان كان مريضا
مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه وهذا لان حق
الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو
هو الثمن • وان اوصى ببيع شيء من التركة والتصدق به فباعه وصيه وقبض
ثمنه فضاع في يده واستحق المبيع ضمنه الوصي للمشتري لانه هو العاقد فتكون
العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع
ولم يسلم فقد اخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده
ورجع به في التركة لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل • ولو قسم الوصي
التركة فاصاب الصغير شيء فقبضه وباعه وقبض ثمنه فضاع في يده الثمن واستحق
ذلك الشيء المبيع رجع الوصي في مال الصغير لانه عامل له ورجع الصغير على بقية
الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه • ولا يصح بيع الوصي و
شراؤه الا بما يتغابن فيه لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف
الغبن اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ويصح الا من نفسه اي اذا اشترى شيئا من
مال اليتيم لنفسه او باع شيئا منه من نفسه جاز عند ابي حنيفة ان كان فيه نفع
لليتيم وتفسيره ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير او يشتري ما
يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه واما اذا لم يكن فيه نفع ظاهر لليتيم
فلا يجوز خلافا لهما حيث لا يجوز عندهما على كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي
فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب ان يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه
اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير وقال المتاخرون
من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري
فيه بضعف الثمن او يكون للصغير حاجة الى الثمن وبه يفتى • ولو دفع المال اي لو

دفع مال الصغير مضاربة وشركة وبضاعة وقبل الحوالة على الاملاء لا على
الاعسر لما فيه من الضرر ولا يجوز له اي للوصي ولا للاب الاقراض اي اقراض
مال اليتيم لانه تبرع وهو عاجز عن استخلاصه ويجوز للاب الاقتراض لا للوصي
ولا يتجر في مال الصغير لان المفوض اليه الحفظ لا التجارة ويجوز بيعه على الكبير
الغائب في كل شيء غير العقار لان الاب يلي ما سوى العقار ولا يليه فكذا
وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصي على الغائب
ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ
ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو
يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع
ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع
وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك
وعند ابي حنيفة جاز له بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبت في البعض
ثبت في الكل لانها لا تتجزى لابي حنيفة هذا كله يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول
والاصح انه لا يملكه لانه نادر • ووصي الاب احق بمال الصغير من جده وقال الشافعي
الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب عند عدمه حتى احرز ميراثه فيتقدم على
وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى
فيتقدم عليه كالاب نفسه لان اختيار الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على ان تصرف
الوصي انظر لاولاده من تصرف الجد فان لم يوص الاب فالجد كالاب لانه اقرب
الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير انه ان اوصى
الاب يقدم عليه الوصي في التصرف في المال دون غيره وان لم يوص يبقى على
حاله

فصل في الشهادة

• شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد
معهما لا تقبل لانهما يجران نفعا الى انفسهما باثبات المعين لهما فيرد للتهمة
فاذا ادعت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارهما بوصي
اخر معهما للميت واقرارهما حجة على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك
بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاثة وجاز ذلك
للقاضي مع وجود الوصيين لامتناع تصرفهما بدونه فصار كانه مات ولم
يوص الى احد فيضم اليهما ثالثا لتمكينهم من التصرف الا ان يدعيه زيد
اي يدعي انه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس
ان لا تقبل كالاول وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم اليهما
ثالثا على ما بينا انفا فسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا
معهما بنصب القاضي اياه كما اذا مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء

فهذا اولى وكذا لو شهد ابنا الميت بان اباهما اوصى الى رجل وهو منكر لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الى انفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما لقول شريح لا اقبل شهادة خصم ولا ظنين اي المتهم واذا ادعى المشهود له الوصاية يقبل استحسانا على انه نصب وصي ثالث لما ذكرنا في شهادة الوصيين بخلاف ما اذا شهدا ان اباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة او لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية • ولغت شهادة الوصيين بمال للصغير لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك المال فصارا متهمين او خصمين وكذا لغت شهادتهما للكبير الوارث في مال الميت لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث وصحت شهادتهما له اي للوارث الكبير في غيره اي في غير مال الميت لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا والموصى ابا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان للوصي ولاية التصرف في مال الصغير بحيث فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير وهذا عند ابي حنيفة وتصح شهادتهما للكبير في الوجهين اي فيما تركه الموصي وغيره لان ولاية التصرف لا يثبت لهما في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كان صغيرا على ما بيناه والحجة عليهما ما بيناه • وشهادة الوصي على الميت جائزة لانه لا تهمة في بعد العزل وان لم يخاصم ولو شهد رجلان لاخرين بدين الف على ميت والاخران لهما بمثله صحتا خلافا لابي يوسف ولو شهد كل فريق للاخر بوصية الف لا تصح بالاتفاق لابي يوسف ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة تشاركه الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة ولهما ان الدين يجب على الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للاخر ان يشاركه بخلاف الوصية لان الحق فيها لا يثبت في الذمة بل في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث شبهة ولو شهد احد الفريقين للاخر بوصية جارية والاخر له بوصية الف لا تصح لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة ولو شهد احد الفريقين للاخر بوصية جارية والاخر له بوصية عبد صحت لانه لا شركة فلا تهمة وان شهد الاخر بوصية ثلثه لا تصح كما لان الشهادة توجب شركة في المشهود به

كتاب الخنثى

هو اي الخنثى من له ذكر وفرج ويلحق به من عرى عن الالتين جميعا فان بال من احدهما اعتبر به لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عنه كيف يورث

فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دليل على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وذلك لما يقع به الفصل عند الولادة لان منفعة تلك الالة خروج البول منها وذلك عند انفصاله من امه وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك انه الاصلي فان بال منهما اعتبر الاسبق لانه دليل على انه هو العضو الاصلي ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الالة الاخرى وان استويا في السبق فمشكل لعدم المرجح ولا تعتبر بالكثرة عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يقولان ينسب الى اكثرهما بولا لانه يدل على انه هو العضو الاصلي ولان للاكثر حكم الكل في اصل الشرع فترجح بالكثرة ولابي حنيفة ان كثرة ما يخرج ليس يدل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلي ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقد استقبح ابو حنيفة اعتبار ذلك فقال وهل رايت قاضيا يكيل البول بالاواقي • فاذا بلغ فان ظهر بعض علامات الرجال من نبات لحية او قدرة على الجماع او احتلام كالرجل فهو رجل وان ظهر له بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدي ونزول لبن فيه وتمكين من الوطئ فامرأة وان لم يظهر شيء او تعارضت فمشكل لعدم ما يوجب الترجيح وعن الحسن انه تعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال • واذا ثبت الاشكال اخذ فيه بالاحوط فصلى بقناع لاحتمال انه امرأة ويقف بين صفي الرجال والنساء لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون انثى فان وقف في صفهم يعيد من له صفه من جانبيه ومن بحذائه من خلفه الصلوة احتياطا لاحتمال انه امرأة وان وقف في صفهن اعاد هو ان كان بالغا وان كان مراهقا يستحب له ان يعيد ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها بجلوسه جلوس الرجال ولا يلبس حريرا ولا حليا ويلبس المخيط في احرامه قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه صغير لم يبلغ ولا يكشف عند رجل ولا امرأة ولا يخلو به غير محرم من رجل او امرأة ولا يسافر بلا محرم ولا يختنه رجل ولا امرأة بل يبتاع له امة تختنه من ماله ان كان له مال لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا ان كان ذكرا وللضرورة ان كان انثى ويكره ان يختنه الرجل لاحتمال انه انثى او

او امراة لاحتمال انه ذكر فكان الاحتياط فيما ذكرنا لانه لا يحرم على تقدير ان يكون ذكرا
وعلى تقدير ان يكون انثى نظر الجنس اخف ولا ادري ان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع
لان بيت المال اعد لنوائب المسلمين وقد وقع في ملكه بقدر الحاجة وهي حاجة الختان
فاذا ختنته تباع ويرد ثمنها الى بيت المال ولو زوجه امراة فختنته ثم طلقها جاز لانه
ان كان ذكرا صح النكاح وان كان انثى فنظر الجنس اخف ثم يفرق بينهما لاحتمال انه انثى
فلا نكاح بينهما ويطلق لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فيحصل الفرقة ثم تعتد ان
دخل بها احتياطا • قال فان مات قبل ان يستبين حاله لا يغسل لان حل الغسل من الرجال
والنساء غير ثابت بل ييمم بالصعيد لتعذر الغسل ويكفن في خمسة اثواب كما يكفن
المرأة وهو احب لاحتمال انه انثى ولا يحضر بعد ما راهق غسل رجل ولا امرأة لاحتمال
انه ذكر او انثى ويندب تسجية قبره لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان ذكرا لا يضر
التسجية ويوضع الرجل مما يلي الامام ثم هو ثم المرأة فيؤخر عن الرجال لاحتمال انه امرأة
ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ان صلى عليهم جملة ويدخله قبره ذو رحم محرم منه
لاحتمال انه انثى • ولو مات مورثه كان له اقل النصيبين من الميراث اي ينظر نصيبه
على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما عند الامام وان كان محروما على احد التقديرين
فلا شيء له فلو مات ابوه عنه وعن ابن فللابن سهمان وله سهم فيقدر انثى لانه
اقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امرأة زوجا وامها واختا لاب وام هي
خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقي وهو السدس على انه عصبة
لانه اقل ولو قدر انثى كان له النصف وكانت المسألة تعول الى ثمانية ولو تركت
زوجا واما واخوين لام واخا لاب وام هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس و
للاخوين لام الثلث ولا شيء للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شيء ولو قدر انثى
كان له النصف وعالت المسألة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد اخ هو خنثى وعما
لاب وام او لاب كان المال للعم ويقدر الخنثى انثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر
ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وعند الشعبي له اي
للخنثى نصف النصيبين اي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وعن ابن عباس مثله
لانه معهود وهو اي نصف النصيبين ثلاثة من سبعة عند ابي يوسف اربعة للابن
وثلاثة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان
له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثى كان له نصف
المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة ارباع المال وللابن
كل المال فيجعل كل ربع سهما فيبلغ سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة وخمسة
من اثني عشر عند محمد سبعة للابن وخمسة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما
في حالة الاجتماع فان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينه وبين الابن نصفين

ولو كان انثى كان اثلاثا فالقسمة في تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير
انوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما على الاخرى فيبلغ ستة
للخنثى على تقدير انه انثى سهمان وعلى تقدير انه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين
وليس لثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة في اثنين تبلغ اثني عشر فيكون للخنثى
ستة على تقدير انه ذكر واربعة على انه انثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة
لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان هو اعتبار الاحوال في كل حادثة
في حق الخنثى وفي حق غيره ايضا من الورثة حتى اخذ كل واحد من الورثة نصف ما
يصيبه على التقديرين الا ترى ان الابن اخذ في هذه المسألة سبعة لان نصيب الابن
على تقدير ان الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه انثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة
ولو كانت معهما بنت فعند ابي يوسف تكون المسألة من تسعة لان نصيب البنت النصف
حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة ارباع حالة انفراده كما مر فيجعل كل ربع سهما
فيبلغ تسعة وعند محمد له خمس وثمن لانه على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه
وهو الخمس وعلى تقدير انه انثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة
ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في الاخرى فتبلغ اربعين و
منها تصح المسألة فللخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت
على تقدير ان الخنثى انثى الربع عشرة وعلى تقدير انه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف النصيبين
تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير انه انثى ربع وهو
عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر وللابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف
على تقدير انوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا تخرج على
المذهبين فابو يوسف يعطي البنت سهمين ولكل ابن اربعة ولكل
خنثى ثلاثة ولو كان من كل جنس مائة نفس ومحمد يقسم المال بينهم باعتبار الاحوال
الحادثة على التقديرين ويعطي كل واحد منهم نصف النصيبين على التقديرين
ولو كان معهم ذو سهم اخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين
ويروى عن ابي يوسف مثل قول الشعبي قالوا رجع اليه اخرا وكان شمس الائمة
مرجحا قول الشعبي ولم يأخذ به ولو اوصى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم
ان كان ذكرا وبخمسمائة ان كان انثى فولدت خنثى اعطي الاقل ويوقف الباقي حتى
يتبين امره وعلى قياس قول الشعبي يعطى له سبعمائة وخمسون نصف الوصيتين وعندنا
يعطى الاقل وهو خمسمائة ومن احكام الخنثى المشكل انه لو وجد رجل شهوة لم يتزوج
امه الا اذا تبين انه ذكر لاحتمال انه انثى فيثبت به حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته
امرأة لا تتزوج بابيه لما ذكرنا قال ولو زوجه ابوه او مولاه امرأة او رجلا لا يحكم بصحته
حتى يتبين حاله انه رجل او امرأة فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين ان العقد كان

صحيحا او لا فبطل المقدم مصادفة المحل • ولو قال لسيده اى يسعد الخنثى كل عبد
لى حر او كل امة لى حرة لا يعتق الخنثى ما لم يستبين انه ذكر او انثى لانه لا يثبت
بالشك • ولو قال الخنثى بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل لانه دعوى
بلا دليل وقبله يقبل اى ان قال الخنثى قبل تقرر اشكاله انا ذكر او انثى يقبل قوله
لان الانسان امين فى حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قاله

مسائل شتى

كتابة الاخرس وايماؤه بما تعرف به اقراره بتزويج وطلاق وبيع وشراء
وقود عليه او له كالبيان وهو النطق باللسان لان الاشارة تكون بيانا من
القادر فما ظنك من العاجز الا يرى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان افصح
العرب ومع هذا انبانا بالاشارة بقوله عم الشهر هكذا الحديث والكتابة
ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنى الا يرى ان النبى عم بلغ الرسالة الى الغيب
بالكتاب فيكون ذلك حجة عليهم كما اذا بلغهم بالعبارة فاذا كان الكتاب
كالخطاب عند العجز فهو حق الاخرس اولى لان عجزه اظهر والزم عادة لان الغائب
يقدر على الحضور بلا عضو ظاهر والاخرس لا يقدر على النطق والظاهر بقاؤه
على الدوام ولا يحد لقذف وغيره اى لا يكون اشارته وكتابته فى الحدود
كالبيان لانها يندرى بالشبهات لكونها حق الله تعالى فلا حاجة الى اثباتها
ولعله كان مصدقا للقاذف ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان
هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف بصريح الزنى ۵
ومعتقل اللسان ان امتد به ذلك وعلمت اشارته فهو كالاخرس والا فلا ثم قدر
الامتداد هنا التمرتاشى سنة وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابى حنيفة فقال ان دامت
العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى
لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى ۵ والكتابة من الغائب ليست بحجة
لانه يمكنه الوصول فى الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الاخرس لتعذر النطق فى حقه ۵
قالوا الكتابة اما مستبين مرسوم وهو كالنطق فى الغائب والحاضر فلزم حجة واما مستبين
غير مرسوم كالكتابة على الجدار وورق الشجر وسوى فيه فهذا يكون لغوا لانه لا عرف
فى اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شىء اخر اليه كالنية والاشهاد
عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد يكون للتجربة وقد يكون للتحقيق
وبهذه الاشياء يتعين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول اظهر
واما غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ولا عبرة فيه لانه بمنزلة كلام غير مسموع
لا يثبت به شىء من الاحكام • واذا اختلطت الشاة المذكية بميتة اكل منها تحرى واكل
والا اى ان اختلطت المذكية بميتة الكثر منها او استويا فلا يتوكل حالة الاختيار ويتحرى

عند الاضطرار وقال الشافعى لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار بالتحرى وان كانت
المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة
لان الكلام فى حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة
الا يرى ان اسواق المسلمين لا يخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح
التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع
الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة فى البدن او الثوب
بخلاف ما اذا كانت الميتة اكثر او استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته فيمكن الاحتراز
• واذا احرق راس الشاة الملطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز
والحرق كالغسل لان النار باكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شىء او
تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور
يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذا اذا تنجس مسحة الخباز يطهر بالنار •
ولو جعل السلطان الخراج لرب الارض جاز خلاف العشر وهذا عند
ابى يوسف وعندهما لا يجوز فيهما لانهما فى لجماعة المسلمين ولابى يوسف
ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام و
العشر حق الفقراء على الخلوص كالزكوة فلا يجوز تركه عليه والفتوى على
قول ابى يوسف • ولو دفع الاراضى المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز يعنى
ان اصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة الارض واداء الخراج دفع الامام الارض
الى غيرهم بالاجرة فاخذ الخراج من اجرتها فان فضل شىء من اجرتها يرجعه
الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير
ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا وان لم يجد من يستاجرها
باعها الامام لمن يقدر على الزراعة لانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج
اصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلا فوت فيبيع تحقيقا
للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيره بغير عوض ثم اذا باعها ياخذ الخراج الماضى من الثمن
ان كان عليهم خراج ويرد الفضل الى اصحابها وذكر فى النوادر عن ابى حنيفة ان
اهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان
شاء دفعها الى قوم واطعمهم على شىء فكان ما ياخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج
على المسلمين والملك على اربابها فاذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق
فى عمارتها قرضا لان الامام مامور بتثمير بيت المال باى وجه تسهل له
• ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اى يوم صح اى لو كان عليه قضاء
صوم يوما او اكثر من رمضان واحد فقضاه ولم يعين انه عن يوم كذا جاز
ولو نوى عن رمضانين فلا يكون فى الاصح ما لم يعين انه صائم عن رمضان

سنة كذا. وكذا في قضاء الصلوة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو
اول ظهر او اخر ظهر او ظهر يوم كذا لا يصح ما لم يعين الصلوة ولو نوى ان
يعين ظهر يوم كذا مثلا وقيل يصح فيهما ايضا ولو نوى اول ظهر عليه او
اخر ظهر عليه جاز لان الصلوة تعينت بتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه اولا
او اخرا فاذا نوى اول صلوة عليه وصلى فما يليه يصير اولا ايضا فيعتبر في نيته
اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الاخر وهذا على من لم
يعرف الاوقات التي فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه والاصل
فيه ان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد اداؤه حتى لو لزمه منه
الا فرضا من الفروض لا يتادى بنية فرض اخر فلهذا وجب التعيين بالنية في الفروض
تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة وهذا كون التمييز
في الجنس الواحد لغوا لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ونعني
اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين
او العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم اخر حقيقة
وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك في يوم
غير الدلوك في يوم اخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى
فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك
لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه
بنية صوم يوم اخر او كان عليه قضاء صوم يومين او اكثر فصام ناويا عن قضاء
يومين او اكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين او عن رمضان اخر حيث لا يجوز
عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما اذا نوى ظهرين او ظهرا عن عصر او نوى
ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا اداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين
في جنس واحد ولو عين لغا وفي الاجناس لا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار

• ولو ابتلع الصائم بزاق غيره فان كان حبيبه لزمته الكفارة والا فلا
يلزمه الكفارة بل يجب عليه القضاء فقط لان البزاق تعافه النفس وتستقذره
اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من
صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس

• وقيل بعض الحجاج عذر في ترك الحج لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء
ولا يعتبر ذلك مع تعرض بعض قطاع الحج فكان معذورا في ترك الحج ولا يأثم بذلك • ومن قال
لامرأة عند شاهدين تو زن من شدى فقالت شدم لا ينعقد النكاح بينهما
ما لم يقل قبول كردم • ولو قال لها خويشتن را زن من كردانيدي فقالت كردانيدم
فقال پذيرفتم ينعقد • ولو قال لرجل دختر خويشتن را بپسر من دادي

فقال دادم ثم لا ينعقد النكاح ما لم يقل الخاطب پذيرفتم • ولو منعت المرأة زوجها من الدخول
عليها وهو يسكن معها في بيتها كانت ناشزة لانها احتبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها
ما دامت على منعه فتحقق النشوز منها كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذا منعته من منزلها والسكنى
في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان
حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست نفسها
لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها او غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس
من قبله بخلاف ما اذا كانت ساكنة معه ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا فلا يعتبر منعها
ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه لا تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام • ولو قالت
لا اسكن مع امك واريد بيتا على حدة فليس لها ذلك لانه لا بد له من خدمة فلا يمكن منعه من ذلك

• ولو قالت مرا طلاق ده فقال داده كير او كرده كير او قال داده باد او كرده باد ان نوى يقع و
الا فلا لانه يحتمل الايقاع والوعد فايهما نوى صح ولو قال داده است او كرده است يقع
وان لم ينو ولا يصدق في تركه قضاء لانه عين طلاقا ولو قال داده انكار او كرده انكار
لا يقع وان نوى لانه وعد • ولو قال اوي مرا نشايد باقامت او همه عمر تو نشايد لا يقع الا بالنية
لان هذا من كنايات الطلاق • ولو قال لها حيله زنان كن فهو اقرار بالطلاق والثلث يعني اقرار
بانها مطلقة ثلثا للعرف المستمر وهو من احدى الحجج • ولو قال حيله خويشتن كن فلا يكون
اقرارا بالطلاق لعدم العرف ههنا • ولو قالت له كابين ترا بخشيدم مرا چنگ بازدار
فان طلقها سقط المهر والا فلا • ولو قال لعبده يا مالكي او لامته انا عبدك لا يعتق
لانه ليس صريحا للعتق ولا كناية له فلا يكون فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله
يا مولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق لانه يمكن
اثباته من جهته وقوله يا مالكي وانا عبدك حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على
المولى فلذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصودا لعدم قدرته على ذلك ولا مقتضى
لان من شرطه ان يثبت المقتضى فتثبت ضمنه المقتضي وهو الملك متعذر فلا يثبت
المقتضي بدونه • ولو ادعى الاخر فقال برهمن سوكندانست كه اين كار نكنم فهو اقرار باليمين
بالله تعالى وان قال برهمن سوكندانست بطلاق فهو اقرار بالحلف بالطلاق فان قال قلت ذلك
كذبا لا يصدق بناء على ان قول المتهم لا يقبل في دفعه ذلك وكذا لو قال سوكند خانه است كه
اين كار نكنم فهو اقرار باليمين بالطلاق للعرف وعليه مبنى الايمان • ولو قال المشتري
للبائع بعد البيع بهاء باز ده فقال البائع بدهم يكون فسخا للبيع • العقار
المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي اي اذا ادعى عقارا لا يكفي
ذكر المدعي انه في يد المدعى عليه ليصلح المدعى عليه خصما بل لا بد من اقامة البينة
انه في يد المدعى عليه حتى تصح دعواه او علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى
عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها وتحتمل ان في يد غيره فلا

البينة ينتفي تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده بحقوقه
بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة ۝ ولا يصح
قضاء القاضي في عقار ليس في ولايته لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف
المشايخ هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا
ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل
ولو خرج القاضي مع الخليفة جاز قضاؤه وان خرج وحده لم يجز قضاؤه وهذا
ينبغي ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون
المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابي يوسف ان المصر ليس بشرط واليه
اشار محمد ايضا ۝ واذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي او بدا لي غير
ذلك او وقفت في تلبيس الشهود او ابطلت حكمي او نحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض ان
كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا
ينتقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو
المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه
ولا يملك ابطاله لما ذكرنا كذا القاضي قال الشعبي كان الخصم يقضي
بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاه قال
صاحب المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها
ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه
لان حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والخصم لم ينقض القضاء الذي قضى
بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة
ثم تبين نص بخلافه ينتقض قضاؤه الاول ۝ ومن له على آخر حق فخبأ
قوما ثم سأله عنه فاقر به وهم يرونه ويسمعونه وهو لا يراهم صحت
شهادتهم عليه لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في اطلاق
اداء الشهادة قال تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا
علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان سمعوا كلامه ولم يروه فلا يجوز
شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون المقر غيره فلا يجوز لهم ان
يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد
سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار
الداخل ولم يروه وقت الاقرار جاز لهم ان يشهدوا عليه لان العلم حصل لهم
۝ ولو بيع عقار وبعض اقارب البائع حاضر يعلم البيع وسكت لا يسمع دعواه
بعده قال ابو الليث لو باع عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري
فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق

مشايخنا على انه لا يسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع
وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البائع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه
الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس
وتقييده بالقريب يخرج ذلك مع الغريب ولو باع ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى
اولاده لم تسمع دعواه للتناقض لان اقدامه على البيع اقرار منه وان اراد تحليف المدعى
عليه ليس له ذلك وان اقام البينة على ذلك قيل تقبل من غير دعوى لانها من باب
الحسبة فاذا قبلت انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو الصواب والاحوط لانه باقامة
البينة ان الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحق النفسه فلا تسمع للتناقض
وفي الجامع الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته
يحتمل الرضى والسخط وقال ابن ابي ليلى سكوته يكون اجازة منه للبيع ۝ ولو وهبت
امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت فطلب اقاربها المهر وقالوا كانت الهبة في مرض
موتها وقال بل في صحتها فالقول له والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة
حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا على
سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كان للوارث الا ترى
ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن
يجب عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض ردا للوصية للوارث بقدر
الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه والزوج
ينكر فالقول قول المنكر ۝ ولو اقر بمهر ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له
ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر ولست مبطلا فيما تدعي عليه عند ابي يوسف وبه يفتى
لان الاقرار ليس سببا للملك وهذا استحسان وعندهما لا يحلف بل يؤمر بتسليم المقر به الى
المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة
بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك ووجه الاستحسان ان العادة
جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا ارادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم ياخذون
المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير
احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين
ان كان صادقا فيصار اليه ۝ ولو قال لآخر كان لك بيع هذا فسكت
صار وكيلا لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره
هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين وان قال من ساعته
لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت ارضي عليك وقفا فسكت صح ولو
قال لا اقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا اقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه
ان يكون هذا قول ابي يوسف لما عرف من اصله انه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري

٥ ومن وكل امرأته بطلاقها لا يملك عزلها لانه يمين من جهته
لما فيه معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين
وهو من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون
وكيله بخلاف الاجنبي ٥ ولو قال لآخر وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت
وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك اي ثم يقول عزلتك لان
الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فصح تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل
عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني
انعزل عن الوكالة الثانية ٥ ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان
يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة لانه لو عزله عن الوكالة
المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله الف مرة لان كلما يقتضي
تكرار الفعل الى غير نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم
رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل آخر لانه كلما عزله صار وكيلا فلا يفيد
الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حق انه يحتاج الى عزل آخر بعد الرجوع
وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فانت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل
مقصوده بذلك والاول اوجه وهذا لا يفيد في الحقيقة لانه ان انعزل كلما
توكل لاجل اليمين الثانية يتوكل ايضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى
دائما وكيلا منعزلا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بيناه

٥ وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان دينا بدين بان وقع الصلح على دراهم
عن دنانير او عن شيء آخر في الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما استحقه الداين بعقد
المداينة وهو ما يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة صار صرفا او بيعا وفيه
لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهي النبي ع م عن الكالي بالكالي والا فلا اي ان لم يكن
دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على عين متعين لا يبقى دينا في
الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه
وعن حنطة في الذمة ٥ ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي
فان كان له بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر مما يتغابن فيه الناس وان
لم تكن له بينة او كانت غير عادلة لا يجوز لانه متى كان للمدعي بينة وكان الصلح
على مثل القيمة او اكثر بقدر ما يتغابن الناس فيه كان للصبي فيه منفعة وهي
سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح
من الاب بمنزلة الشراء من المدعي فيتقيد بالمثل ونقصان ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن
التحرز عنه وان لم يكن للمدعي بينة او كانت غير عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح
لا مشتريا لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح

لما فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن وان كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيفما كان لانه لم يثبت للصبي
فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان مكتسبا له مالا من
غير ان يخرج من ملك الصبي شيئا بمقابلته فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة
لا يجوز الا بالمثل وباقل بقدر ما يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من
الاخذ منه بالبينة العادلة ووصي الاب في هذا كالاب لانه قائم مقامه ٥
ومن قال لا بينة لي ثم برهن صح اي قال المدعي ليس لي بينة على دعواي هذه
الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها
ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانه
اكذب بينته وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد اي لو قال
الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لانه
يقول نسيت وكذا اذا قال المدعى عليه ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء فشهد له
تقبل شهادته لانه يحتمل ان تكون له شهادة قد نسيها او لا يعلمها ثم علمها ولهذا
لو قال لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له حقا تقبل لامكان الخفاء عليه
فامكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا يسمع
دعواه بخلاف ما اذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه
لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفي الحجة فيهما
كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى لو قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بحجة تقبل لانه يقول
نسيته ولو قال هذه الدار ليست لي وقال ذلك لعبد ثم اقام بينة ان الدار او
العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حق لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا
كان لغوا وهذا يصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه
لم يثبت فيه حق لاحد ٥ وكذا الامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع انسانا من طريق
الجادة ان لم يضر بالمارة لان للامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر
للمسلمين فاذا راى في ذلك مصلحة لهم كان له ان يفعله من غير ان يضر باحد
الا ترى انه لو راى ان يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة
للمسلمين كان له ان يفعل ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه
فكان فيه مثله ٥ ومن صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله نفذ
لانه لم يكره بالبيع وانما باع باختياره غاية الامر انه صار محتاجا الى بيعه لايفاء ما
طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالمديون اذا حبس بالدين فباع ماله ليقضي به الدين
فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع ٥ ولو خوفها
بالضرب حتى وهبته مهرها منه لا تصح الهبة ان قدر على الضرب لانها مكرهة عليه

لان الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تمليك الاموال والرضى ينتفي
بمثله فلا يصح • وان اكرهها على الخلع ففعلت يقع الطلاق ولا يجب المال لان
طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به لان الرضى شرط فيه • ولو وهبت انسانا
بالمهر على الزوج ثم وهبته من الزوج لا تصح الهبة لانه تعلق به حق المحتال على
مثال الرهن وان كان اسوة الغرماء عند موتها فلا تصح تصرفها فيه فصار كما اذا
باع المرهون او وهبه • ومن اتخذ بئرا او بالوعة في دارها فتهدم حائط
جاره وطلب تحويله لا يجبر عليه وان سقط الحائط منه لا يضمنه لانه تصرف
في خالص ملكه ولان هذا تسبب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كالوضع
على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن • ومن عمر دار زوجته بماله
باذنها فالعمارة لها والنفقة دين له عليها لان الملك لها وقد صح امرها بذلك فينتقل
الفعل اليها فكانها هي التي عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع بالانفاق
فيرجع عليها لصحة امرها فصار كالمامور بقضاء الدين وان عمر لها بلا اذنها فالعمارة
لها وهو متبرع في البناء فلا يكون له الرجوع عليها به لانه لا ولاية في ايجاب ذلك عليها
وقد ملكته هي برضاه فكان متبرعا وان عمر لنفسه بلا اذنها فالعمارة له لان الالة
التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا
للعرصة وشاغلا ملكها غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك • ومن اخذ
غرما له فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع لان النزع تسبب وحل
بينه وبين ضياعه فعل فاعل مختار وهو هرب به فلا يضاف اليه التلف
كما اذا حل قيد العبد فابق وان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل
بفعل العبد مختارا وكذلك السارق على مال الغير وان الدال لا يجب عليه ضمان
لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة ولو امسك هاربا من عدو حتى قتله
العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان • ومن في يده مال انسان فقال
له سلطان ادفعه الي والا قطعت يدك او ضربتك خمسين سوطا لا يضمن لو دفع
لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره او على الاخذ ايهما شاء المالك ان كان الاخذ
مختارا والا فعلى المكره فقط • ولو وضع في الصحراء منجلا ليصيد به حمار وحش
وسمى عليه فجاء من الغد ووجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله لان الشرط ان يجد انسان
او يجرحه ويرسل ذلك لا يحل وهو كالنطيحة او المتردية المذكورة في الاية وتقييده بالغد
اتفاقي حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه • ويكره من الشاة الحياء و
الخصية والمثانة والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح لما روى الاوزاعي عن
واصل بن ابي جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر
والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال ابو حنيفة الدم حرام واكره

الستة لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه
وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة
لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وروى ان ابن عمر رض سئل عن القنفذ
فتلا قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الا ما يتلى عليكم فقال الشيخ عنده
سمعت ابا هريرة رض يقول ذكر القنفذ عند رسول الله عم فقال خبيث من
الخبائث فقال ابن عمر رض ان كان رسول الله عم قاله فهو كما قال ذكره القدوري
• وللقاضي ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة لانه قادر على
الاستخلاص فلا تفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون
عن الاستخلاص فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا نشد اللقطة ومضى مدة التعريف
ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز
فالقرض اولى ان يجوز • ولو كانت حشفة الصبي ظاهرة من راه ظنه مختتنا
ولا يقطع جلده ذكره الا بمشقة جاز ترك ختانه وكذا الشيخ اسلم وقال اهل البصر
لا يطيق الختان لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة
فلا حاجة الى القطع وان كان يواري الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع
الجلدة كلها ينظر ان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل و
ان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل ان الختان
سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع اهل بلدة
على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا لضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق
ذلك ظاهر فيترك • ووقت الختان غير معلوم وقيل سبع سنين وقيل
لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما
قبله من غير حاجة وقيل اقصاه اثنا عشر سنة وقيل سبع سنين وقيل وقته
عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه
شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه وقال
ابو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن ابي يوسف ومحمد فيه شيء وانما المشايخ اختلفوا فيه
وختان المراة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال لانها الذ في الجماع وقيل سنة
والاصل ان ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود اليه وفي
الختان اقامة السنة وتعود اليه ايضا مصلحة لانه جاء في الحديث الختان
سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كي الصغير وربط قرحته وغيره من
المداواة وكذا يجوز ثقب اذن البنات الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان
ذلك يفعل في زمن النبي عم الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا يفعل ما يضر
بالولد ولا ينبغي لها ان تحتجم ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا باس به ما لم تقرب

المؤذي فاذا قرب فلا يحرم لانه يضره واما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دام
حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز قصد الهوام وكيها وقطع عاج قسمه منفعة
لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام و
الدجاج لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضربها لانه لا يفيد ويكره تعذيبها
بلا فائدة ○ ولا يجوز ان يصلي على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع
لان في الصلوة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي لزيادة الرحمة والقرب
من الله تعالى ولا يليق ذلك بمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو
والمغفرة والتجاوز الا تبعا بان يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم ونحوه
لان فيه تعظيم النبي ع م واختلفوا في الترحم على النبي ع م بان يقول اللهم ارحم
محمدا قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلوة ولهذا يجوز
ان يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة وهو مرحوم قطعا فيكون تحصيل
الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلوة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان
النبي ع م كان من اشوق العباد الى مزيد رحمة الله تعالى ومعناها معنى الصلوة
فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى ان يدعو للصحابة بالرضى فيقول رضي الله عنهم لانهم
كانوا يبالغون في طلب الرضى من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون
بما يلحقهم من الابتلاء من جهته اشد الرضى فهؤلاء احق بالرضى وغيرهم لا يلحق
ادناهم ولو انفق ملء الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن
بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم وقلة
اهتمامهم بالامور الدينية ○ ولا الاعطاء باسم النيروز والمهرجان اي
لا يجوز الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر قال ابو حفص الكبير
لو ان رجلا عبد الله تعالى خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز واهدى
الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط
عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا اهدى يوم النيروز الى مسلم آخر
ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم ولكن جرى على ما اعتاده بعض الناس
لا يكفر لكن ينبغي له ان لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله
او بعده لكيلا يكون تشبها باولئك القوم وقد قال رسول الله ع م
من تشبه بقوم فهو منهم وقال في الجامع الصغير رجل اشترى يوم
النيروز شيئا لم يكن يشتريه قبل ذلك ان اراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه
المشركون كفر وان اراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر ○ ولا باس بلبس

القلانس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد
صح ذلك ذكره في الذخيرة ○ وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل لانه
افضل منه قال الله تعالى هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا
يقدم في الصلوة وهي احد اركان الاسلام وهي تالية الايمان وقال الله تعالى
اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم والمراد باولي الامر العلماء في اصح
الاقوال والمطلوب شرعا هو التقدم وكيف لا يتقدمون والعلماء ورثة الانبياء
على ما جاءت به السنة ○ ويحافظ القران ان يختم في اربعين يوما لان المقصود من قراءة
القران فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد القراءة قال الله تعالى افلا يتدبرون
القران ام على قلوب اقفالها وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني فتقدير
الختم له باربعين يوما كل يوم حزب ونصف او ثلثي حزب او اقل

كتاب الفرائض

وهي جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضي النفقة اي قدرها
وسمي هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى
ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن و
الثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلوة والزكوة والحج وغيرها
فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكوة ولله على
الناس حج البيت وانما السنة بينتها ○ ثم اعلم بان هذا العلم من اشرف العلوم
وقد جاءت النصوص به وبالحث على تعلمه وتعليمه قال النبي صلى الله عليه وسلم العلم
ثلثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة او سنة قائمة او فريضة عادلة وقال النبي ع م
وقال النبي ع م تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شيء ينزع
من امتي وقال النبي ع م تعلموا الفرائض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع
ويوشك ان يختلف اثنان في الفريضة والمسئلة فلا يجدان احدا يخبرهما فجعله
النبي ع م نصف العلم مع صغر حجمه وقلة مسائله فلولا انه من اشرف العلوم لما
قابل الكل وهذا كالحسيات فان الشيء القليل من الجواهر عينها انما يقابل
الكثير ويساويه اذا كان القليل اشرف منه ومعنى النصف اما باعتبار
احوال الحيوة والممات وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحيوة او باعتبار
اسباب الملك فانها جبرية او اختيارية فالاول الميراث والثاني غيره من اسباب
الملك ○ يبدا من تركة الميت بتجهيزه ودفنه بلا اسراف ولا تقتير
والمراد من التركة ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا
بعينه كالرهن والعبد الجاني والمشتري قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز
كما في حال الحيوة فحاصله انه معتبر بحال حيوته فان المرء يقدم نفسه في حيوته

فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون ما لم يتعلق
حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير
وهو قدر كفن الكفاية اي كفن السنة او قدر ما كان يلبسه في حيوته من اوسط
ثيابه او من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه
لقوله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما
وهو محترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته فيلزم ستر عظام الميت من حرمة
ما العظام الحي ثم تقضى ديونه لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين
فان عليا رضي الله عنه قال انكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي عم
قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداءة بالواجب
اولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد
لا دين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة
اداؤها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها هم من عندهم لان الركن في العبادات نية
المكلف وفعله وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب لفقدان الدنيا دار التكليف
والآخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست جبرية فلا يتصور بقاء الواجب
لان الآخرة ليست دار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولان العبادة جبرية حتى يجزي بفعل
غيره من غير اختياره فلم يبق الاجزاء الفعل او تركه ضرورة بخلاف دين العباد لان فعله
ليس بمقصود فيه ولا نيته الا ترى ان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه اخذه
ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيه فعله ونيته ابتداء والله تعالى
غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير ان الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله
في آخر عمره ليضعه فيما احب فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان اوصى به قام
فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والانفاذ ثم تنفذ وصاياه
من ثلث ما بقي بعد الدين لما تلونا وفي الاكثر من الثلث لا تجوز الا باجازة الورثة
ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى لانه شريك لهم حتى اذا سلم له شيء سلم
للورثة ضعفه او اكثر ولا بد من ذلك وهذا ليس بتقديم في الحقيقة بخلاف التجهيز
والدين فان الموصى له لا ياخذ الا ما فضل منهما ثم يقسم الباقي بين ورثته الذين
ثبت ارثهم بالكتاب كالمذكورين في الآيات القرآنية والسنة كما ذكر في الحديث
نحو قوله عم اطعموا الجدات السدس واجماع الامة كالجد وابن الابن وبنت الابن وسائر
من علم توريثهم بالاجماع ○ ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء ويبدأ باصحاب
الفرائض وهم الذين لهم سهام مقدرة في كتاب الله تعالى وسنة رسوله عم او بالاجماع
كما ذكره السرخسي وتقديمهم على العصبة لقوله عم الحقوا الفرائض باهلها فما
ابقته الفرائض فلاولى عصبة رجل ذكر وانما قدرت تلك السهام لهم بانها نصوص

لغيرهم ياخذونها من التركة ابتداء فان بقي شيء ياخذه غيرهم وايضا تقديم
العصبة يوجب حرمان اصحاب الفرائض وهو باطل قطعا ثم بالعصبات النسبية فان
العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض النسبية
يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعني الزوجين والعصبة مطلقا كل
من ياخذ من التركة ما ابقته الفرائض وعند انفراده عن غيره في الوراثة يحرز جميع
المال بجهة واحدة واعترض بان الاخوات مع البنات عصبة ولا يحرزن جميع المال
عند الانفراد بجهة واحدة اجيب بان المراد بالعصبة ههنا من هو عصبة بنفسه
فلا يتناول من هو عصبة مع غيره او بغيره لانهما من اصحاب الفرائض في الحقيقة ثم
بالمعتق مذكرا كان او مونثا فان من اعتق عبدا او امة كان الولاء له ويرثه
به ويسمى ذلك ولاء العتاقة والنعمة ثم عصبته المذكور عند عدم
المعتق ولا يرجع قيد المذكور لما سياتي من قوله عم ليس للنساء من الولاء
الا ما اعتقن الحديث ثم الرد على ذوي الفروض النسبية لبقاء قرابتهم بعد
اخذ فرائضهم دون ذوي الفروض السببية لانه لا يرد على الزوجين اذ لا قرابة
لهما بعد اخذ فرضهما وتعتبر في الرد مقادير السهام بحصول البعض فيرد الباقي
عليهم بحسبها ثم ذوي الارحام عند عدم الرد لانتفاء ذوي الفروض النسبية
يرث ذوي الارحام وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة ولا ذوي سهم وانما اخروا عن
الرد لان اصحاب الفرائض النسبية اقرب الى الميت واعلا درجة منهم ثم مولى الموالاة
اي عند عدم هؤلاء المذكورين يبدأ في جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد
الزوجين وان وجد يبدأ به ايضا الكل في الباقي من فرضه وصورة مولى الموالاة
شخص مجهول النسب قال لآخر انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت
وقال الآخر قبلت فعندنا يصح هذا العقد ويصير القابل وارثا وعاقلا وان
كان الآخر ايضا مجهول النسب وقال للاول مثل ذلك وقبله ورث كل منهما صاحبه
وعقل عنه وللمجهول ان يرجع عن عقد الموالاة ما لم يعقل عنه مولاه وكان ابراهيم
النخعي يقول اذا اسلم الرجل على يد رجل ثم والاه صح قال شمس الائمة السرخسي ليس الاسلام
على يده بشرط لصحة عقد الموالاة وانما ذكره فيه على سبيل العادة وكان الشعبي
يقول لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ الشافعي وهو مذهب زيد بن ثابت رض وما
ذهبنا اليه مذهب عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وانما اخر مولى الموالاة من
ذوي الارحام لضعف سببهم ثم المقر له بنسب لم يثبت باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر
على اقراره اعتبر فيه قيود ثلثة الاول ان يكون الاقرار بنسب من المقر
متضمنا لاقراره بنسبه على غيره كما اذا اقر مجهول النسب بانه اخوه فانه
يتضمن اقراره على ابيه بانه ابنه لان اقراره بمجهول نسبه منه اذ لم يتضمن

يحمل النسب منه على غيره واشتمل على شرائط صحته اوجب ثبوت نسبه منه
وارث احد فيما ذكره من الورثة النسبية كان يقر له بانه ابنه والثاني ان يكون
ذلك الاقرار بحيث لم يثبت به نسبه من ذلك الغير كما اذا لم يصدقه ابوه في هذا
النسب فانه اذا صدقه ابوه في ذلك النسب يثبت باقراره على هذا الوجه نسبه
من ابيه ايضا وكان المجهول اخا للمقر وكذا الحال اذا اقر بانه عمه وصدقه في
ذلك جده فانه يكون عما له مندرجا فيما مضى ذكره والثالث ان يموت
المقر على اقراره فانه اذا رجع المقر عن ذلك الاقرار لا يعتد به قطعا فلا
يثبت به اصلا ثم الموصى له بما زاد من الثلث لان منعه عما زاد على الثلث كان
لاجل الورثة فاذا لم يوجد منهم احد ظهر عندنا ما عين له كلا واعلم انما اخر
عن ذلك المقر له بناء على ان له نوع قرابة بخلاف الموصى له ثم بيت المال اى
اذا لم يوجد احد من المذكورين يوضع التركة في بيت المال على انها مال ضائع
فصارت لجميع المسلمين فيوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث بناء على
انهم اخوته الا يرى ان الذمي اذا لم يكن له وارث يوضع ماله في بيت المال
ولا ميراث للمسلم من الكافر وعند الشافعية ان بيت المال ان كان منتظما
يقدم على ذوي الارحام والرد وان لم ينتظم رد اولا على ذوي الفروض النسبية
بنسبة فروضهم ثم يصرف الى ذوي الارحام ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة
ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال ○ ويمنع الارث الرق كاملا
كان كالقن او ناقصا كالمكاتب والمدبر وام الولد وذلك لان الرقيق مطلقا لا يملك
المال لانتفاء اسباب الملك فلا يملكه ايضا بالارث ولان جميع ما في يده فهو لمولاه
فلو ورثناه من اقاربه لوقع الملك للمولى فيكون توريثا للاجنبي بلا سبب وانه باطل
اجماعا ومعتق البعض عند ابي حنيفة بمنزلة المكاتب ما بقي عليه درهم في حال قيمته
فلا يرث ولا يحجب احدا عن ميراثه وعندهما هو حر مديون فيرث ويحجب والمسألة مبنية
على ان العتق يتجزى عنده خلافا لهما ○ والقتل كما هو وهو القتل الذي يتعلق
به وجوب القصاص او الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب او بقصاص
لا يوجب الحرمان لان حرمان الارث عقوبة فيتعلق بما يتعلق به العقوبة وهو القصاص
او الكفارة والشافعي يعلقه بمطلق القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله قصاصا او رجما
او كان القاضي قاضيا فحكم بذلك او شاهدا فشهد به او باغيا فقتل او شهر عليه
سيفا فقتله دفعا لانه لا يمنع الارث وهذا لا معنى له لان الشارع اوجب عليه قتله
او اجاز له قتله في هذه الصور فكيف يوجب عليه العقوبة به بعد ذلك وهذا لانه
يتعلق بهذا القتل سائر عقوبات القتل فكذا الحرمان والمراد بقوله عم ليس للقاتل
شيء من الميراث هو القتل بالتعدي كما دل عليه قوله عم ليس لقاتل ميراث بعد صاحب البقرة

اي قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعديا ○ واختلاف الملتين والمراد
به الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عم لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر
المسلم واما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة
الوثن فلا يمنع الارث حتى يجري التوارث بين اليهودي والنصراني والمجوسي لان
الكفر كله ملة واحدة وذهب بعض الفقهاء الى عدم التوارث بين اليهود و
النصارى ايضا لاختلاف اعتقادهم في عيسى عم والانجيل فهما اهل ملتين
مختلفتين كالمسلمين مع النصارى بخلاف اهل الاهواء فانهم معترفون بالانبيا
والكتب ويختلفون في تاويل الكتاب والسنة وذلك لا يوجب اختلاف الملة
واختلاف الدارين حقيقة او حكما اما الاختلاف حقيقة كالحربي والذمي فان
مات الحربي في دار الحرب وله اب او ابن ذمي في دار الاسلام او مات الذمي في دار
الاسلام وله اب او ابن حربي في دار الحرب لم يرث احدهما من الاخر لان الذمي من
اهل دار الاسلام والحربي من اهل دار الحرب فهما وان اتحدا ملة لكن تباين الدارين
حقيقة يقطع الولاية بينهما فتنقطع الوراثة المبنية على الولاية لان الوارث يخلف
المورث في ماله ملكا ويدا وتصرفا واما اختلاف الدارين حكما كالمستامن والذمي
او الحربيين من دارين مختلفين فالموثر هو الاختلاف حكما حتى لا يعتبر الحقيقة بدونه
فلا يجري الارث بين المستامن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب ويجري بين المستامن
وبين من هو في داره لان المستامن اذا دخل الينا او اليهم من اهل داره حكما وان كان
في غيره حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار
الحرب ودارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر
فيما بينهم والارث بالولاية كان يكون مثلا احد الملكين في الهند وله دار ومنعة والاخر
في الترك وله دار ومنعة اخرى وانقطعت العصمة فيما بينهم حتى يستحل كل منهما قتال الاخر
فاذا اظفر رجل من عسكر احدهما برجل من عسكر الاخر قتله فهاتان الداران مختلفتان فينقطع
باختلافهما الوراثة واما اذا كان بينهما تناصر وتعاون على اعدائهما كانت الدار واحدة
والوراثة ثابتة ○ والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه والابن وابنه
والاخ وابنه والعم وابنه والزوج ومولى النعمة ومن النساء سبع الام والجدة والبنت
وبنت الابن والاخت والزوجة ومولاة النعمة وهم ذوو فرض وعصبة فذو الفرض
من له سهم مقدر ○ والسهام المقدرة في كتاب الله تعالى ستة النصف والربع والثمن
والثلثان والثلث والسدس ○ فالنصف للبنت لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها
النصف ولبنت الابن عند عدمها اي عند عدم الصلبية لان النص ورد في الصلبية
فاذا عدمت قامت بنت الابن مقامها وللاخت لابوين عند عدم البنات وبنات
الابن لقوله تعالى قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله

اخت فلها نصف ما ترك وكذا الاخت لاب عند عدمها اى عند عدم الاخت لابوين فانها
فى الحكم كبنت الابن مع الصلبية لا انفرادها اى اذا كانت الاخت لابوين واحدة و
كذا الاخت لاب وللزوج عند عدم الولد وولد الابن وان سفل لقوله تعالى ولكم نصف
ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد ٥ والربع له اى للزوج عند وجود احدهما اى الولد او
ولد الابن وان سفل لقوله تعالى فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن وللزوجة
وان تعددت عند عدمهما اى الولد وولد الابن وان سفل لقوله تعالى ولهن
الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد ٥ والثمن لها اى للزوجة كذلك اى وان
تعددت عند وجود احدهما اى الولد او ولد الابن لقوله تعالى فان كان
لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم ٥ والثلثان لكل اثنتين فصاعدا ممن
فرضهن النصف وهن بنات الصلب لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين
فلهن ثلثا ما ترك وبنات الابن عند عدم بنات الصلب لما ذكرنا والاخوات
لابوين لقوله تعالى فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك والاخوات لاب
عند عدم الاخوات لابوين ٥ والثلث للام عند عدم الولد وولد الابن
والاثنين من الاخوة والاخوات فصاعدا لقوله تعالى فان لم يكن له ولد
وورثه ابواه فلامه الثلث وان كان له اخوة فلامه السدس وجه التمسك به
هو انه تعالى جعلها مع العدد من الاخوة السدس ولا شك انه بطريق الحجب من
الثلث فلا بد من اخذها الثلث عند ارتفاع هذا المانع وعدمه وثلثها اى للام
ثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين فى زوج وابوين او زوجة وابوين وهو مذهب
جمهور الصحابة والفقهاء وكان ابن عباس يجعل لها ثلث اصل التركة فى هاتين
الصورتين مستدلا بانه تعالى جعل لها اولا سدس التركة مع الولد بقوله تعالى
ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ثم ذكر ان لها عند عدمه
الثلث بقوله فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث ففهم منه ان
المراد ثلث اصل التركة ايضا ويؤيده ان السهام المقدرة كلها بالقياس الى
اصل التركة بعد الوصية والدين وكان ابو بكر الاصم يقول بان لها مع الزوج
ثلث ما بقى من فرضه ومع الزوجة ثلث الاصل لانه لو جعل لها مع الزوج
ثلث جميع المال لزاد نصيبها على نصيب الاب لان المسئلة حينئذ من ستة لاجتماع
النصف والثلث فللزوج ثلثة وللام اثنان على ذلك التقدير فيبقى للاب
واحد وفى ذلك تفضيل الانثى على الذكور واذا جعل لها ثلث ما بقى من فرض
الزوج كان لها واحد وللاب اثنان ولو جعل لها مع الزوجة ثلث الاصل لا يلزم
ذلك التفضيل لان المسئلة من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلث فاذا اخذت
الام اربعة والاب خمسة فلا تفضيل لها عليه ولنا ان معنى قوله تعالى

فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث وهو ان لها ثلث ما ورثاه سواء كان جميع
المال او بعضه وذلك لان الوارثين ثلث الاصل الكلى فى البيان فان لم يكن له ولد فلامه
الثلث كما قال فى حق البنات وان كانت واحدة فلها النصف بعد قوله فان كن نساء
فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك فسلم ان يكون قوله وورثه ابواه خاليا عن الفائدة
ولو كان مكان الاب فيهما جد فلها ثلث الجميع وهو مذهب ابن عباس واحدى الروايتين
عن ابى بكر الصديق رض وروى ذلك ايضا اهل الكوفة عن ابن مسعود رض فى صورة الزوج
خلافا لابى يوسف فان لها عنده مع الجد ايضا ثلث الباقى كما مع الاب وهو رواية
اخرى عن ابى بكر رض فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الام كما يعصبها الاب
والوجه على الرواية الاولى هو انا تركنا ظاهر قوله تعالى فلامه الثلث فى حق الاب
واولناه بما روى كبار الصحابة رض تفضيلا عليه مع تساويهما فى القرب وايدنا ما اولنا بقول اكثر
الصحابة واما فى حق الجد فاجريناه على ظاهره لعدم التساوى فى القرب وقوة الاختلاف
فيما بين الصحابة ولا استحالة فى تفضيل الانثى على الذكر مع التفاوت فى الدرجة كما اذا تركت
امرأة زوجا واختا لاب وام واخا لاب فان للزوج النصف وللاخت النصف وللاخ الباقى وهو محروم فضلت
ههنا الانثى بزيادة قربها على الذكر ٥ وللاثنين فصاعدا من ولد الام يقسم لذكرهم وانثاهم
بالسوية وهن الاخوة والاخوات لام اذا كانوا فوق الواحد فلهم الثلث على السوية بلا تفضيل
ذكورهم على اناثهم لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد
منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والشركة المطلقة عبارة
عن التساوى فى الاستحقاق خصوصا وقد نص عليه فان قلت من ضرورة التساوى
فى الاستحقاق التساوى فى القسمة ٥ والسدس للواحد منهم اى من اولاد الام
ذكرا او انثى لما تلوناه وللام عند وجود الولد او ولد الابن وان سفل او الاثنين
من الاخوة والاخوات لما تلوناه وللاب مع الولد او ولد الابن لقوله تعالى ولابويه
لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد وكذا للجد الصحيح عند عدمه
اى عند عدم الاب وهو من لا يدخل فى نسبته الى الميت ام فان دخل فيه فاسد
اعلم ان الجد كالاب ان لم يتخلل فى نسبته الى الميت ام الا فى مسئلتين احدهما رد
ام الميت من ثلث الجميع الى ثلث ما بقى فى زوج وابوين او زوجة وابوين فان الاب يردها
اليه لا الجد وفى حجب ام الاب فان الاب يحجبها دون الجد وان تخلل فى نسبته الى
الميت ام كان فاسدا فلا يرث الا على انه من ذوى الارحام لان تخلل الام فى النسب يقطع
النسب اذ النسب الى الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور
وهو الذكور دون الاناث ومعنى كون الجد كالاب عند عدم الاب ان الجد يسمى ابا
قال الله تعالى حكاية عن يوسف عم واتبعت ملة اباءى ابرهيم واسحق ويعقوب وكان
اسحق جده وابرهيم جد ابيه وقال تعالى يا بنى ادم لا يفتننكم الشيطان كما اخرج

ابويهم من الجدة وهما آدم وحواء عم فاذا كان ابا دخل في النص اما بطريق عموم المجاز او
بالاجماع وللجدة الصحيحة وان تعددت وهي من لا يدخل في نسبتها الى الميت
جد فاسد اعلم ان الجدة الصحيحة هي المدلية الى الميت اما بالاناث او بالذكور
او بالاناث المحض الى الذكور المحض كام ام الام وام اب الاب وام ام اب الاب
فان لها وحدها او اكثر منها اذا كن متوازيات في الدرجة السدس اما اخذ
الجدة الصحيحة السدس فلما روى ابو سعيد الخدري ان النبي عم اعطى
الجدة السدس وهو قول عامة الصحابة رض واما اخذ الاكثر منهن السدس
شركة فلما روى ان النبي عم قال اطعموا الجدات السدس اذا لم تكن دونهن ام ولما روى
عبادة بن الصامت رض ان النبي عم قضى بين الجدتين السدس بالسوية ولما روى ان
النبي عم ورث ثلث جدات وفسرهن الراوي بما ذكرنا ولما روى عن عبد الله بن مسعود
انه كان يورث الجدات وان كن عشرا السدس ويقول انما هو سهم اطعمهن رسول الله
عم طعمة ولما روى ان ابا بكر رض جاءت اليه الجدة ام الاب وطلبت ميراثا من ابن ابنها
وكان رض قد اعطى قبل ذلك الجدة ام الام السدس فقال لهما ابو بكر رض ارى ان ذلك السدس
بينكما وهو لما انفردت منكما وكان ذلك بمحضر من الاصحاب ولم ينكر فحل محل الاجماع وروي
مثل ذلك عن عمر رض ايضا وانما شرط التوازي في اخذهن السدس فلان القربى الى الميت
منهن تحجب البعدى ثم الكثرة لا تكون الا من الابوية لان الامية الصحيحة لا تكون الا واحدة
وان عددهن على عدد درجتهن من الميت ففي الدرجة الثالثة ترث ثلث جدات وفي
الرابعة اربع الواحدة منهن امية والباقيات ابويات فهذه صورته



وللبنت الابن وان تعددت مع الواحدة من بنات
الصلب او لبنات الابن مع الواحدة الصلبية
السدس تكملة للثلثين لان الله تعالى جعل
للاولاد الاناث ثلثين فاذا اخذت الصلبية
النصف بقي منه السدس فيعطى لها تكملة لذلك فلو كانت بنات الابن جمعا فان الواحد
وفرضهن واحد للانصار تكملة لان الاناث الصلبية اقرب الى الميت فتقدم عليهن
بالنصف ودخولهن على انه عموم المجاز او بالاجماع وللاخت لاب كذلك مع الاخت
الواحدة لابوين يعني اذا كانت مع الاخت لاب اخت واحدة من الابوين
فاخذت الواحدة والاكثر من الاخوات لاب السدس تكملة للثلثين فهي معهن
في الحالتين كبنات الابن مع الصلبيات في الحالتين واما افتراض السدس تكملة
للثلثين للاخت والاخوات لاب مع الاخت الشقيقة الواحدة فلما ذكر في بنات
الابن مع الصلبية الواحدة فيعامل بهن معاملتهن ثم لعدم كون هذا السدس
فرضا ابتدائيا لانهم يطلقون عليه السدس الا بزيادة لفظة تكملة للثلثين

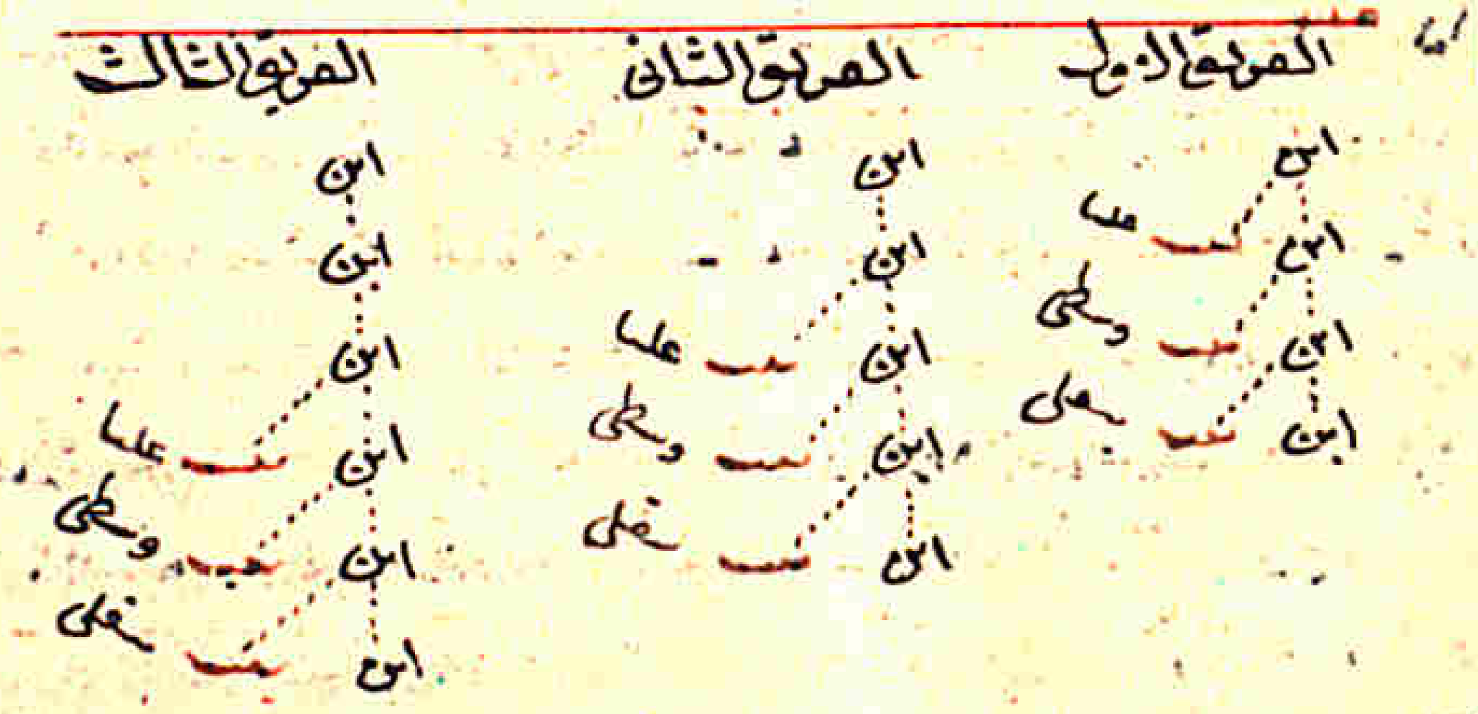
فصل العصبة بنفسه ذكر ليس في نسبته الى الميت انثى وهو ياخذ ما ابقته
الفرائض وعند الانفراد يحرز جميع المال ۵ اقربهم جزء الميت وهو الابن وابنه
وان سفل اي اولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم محجوبون بهم لقوله
تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال ولابويه لكل واحد
منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد
الذكر سهما مقدرا فتعين الباقي له فدل على ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة
وابن الابن ابن شرعا بالاجماع قال الله تعالى يا بني آدم وكذا عرفا قال الشاعر
بنونا وبنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الاجانب وليس دخول ولد
الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز او عرف
كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل اخر وهو الاجماع ولان ابن الابن يقوم مقام
الابن فيتقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولده على والده
ويختار صرف ماله ولاجل ذلك يدخر ماله عادة على ما قال النبي عم الولد مبخلة
مجبنة وقضية ذلك ان لا يتجاوز بكسبه محل اختياره الا انا صرفنا مقدار الفرض الى
اصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقي على قضية الدليل وكان ينبغي ان يقدم البنت على الاب
ايضا وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل
الباقي لاولى رجل ۵ ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح وان علا اي ثم اولاهم
بالعصوبة اصول الميت وان علا واولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث
الاخوة الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد فعلم بذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة
وعليه اجماع الامة واذا كان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله
فما ظنك مع من هو ابعد منهم كاعمامه واعمام ابيه والجد اب الاب كذلك لانه يقوم
مقامه في الولاية عند عدم الاب وتقدمه على الاخوة فيه كذا في الحيرة وهو
قول ابي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وابي موسى الاشعري وابي الدرداء
وابي الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة اخرى منهم رض
وبه اخذ ابو حنيفة ۵ ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين او لاب ثم بنوهم وان سفلوا
وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الوراثة في الكلالة للاخوة عند عدم
الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم انهم مقدمون على
الاعمام ولان الاخوة جزء الاب فكانوا اقرب من الاعمام ولانهم جزء الجد وانما قدم
الاخ لابوين لانه اقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فترجح بذلك على مستويه
في الدرجة وقد قال النبي عم ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات ۵
ثم جزء جده وهم الاعمام لابوين او لاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم جزء جد ابيه
كذلك اي اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب

وعند قال النبي عم الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر ثم اعمام الاب لكونهم
اقرب بعد ذلك لانهم بنو الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم وحاصله يقدم العم لابوين
على العم لاب ثم العم لاب على ابن العم لابوين وكذا يعامل اعمام الاب يقدم منهم ذو
قرابتين عند الاستواء في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة تقدم الاعلى ٥
والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر
مثل حظ الانثيين وهي اربع من النساء البنات وبنات الابن والاخوات لابوين والاخوات
لاب وهؤلاء يصرن عصبة باخوتهن هذا في البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن
منصوص عليه واما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بابناء اعمامهن ايضا وان سفل كما
سياتي ان شاء الله تعالى فكون معناه فيصرن باخوتهن او بمن له حكم اخوتهن ومن
لا فرض لها من الاناث واخوها عصبة لا تصير عصبة به وذلك لان النص الوارد في
صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو في موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة
والاناث في كل منهما ذوات فرض فمن لا فرض له من الاناث لا يتناوله النص وايضا الاخ
يعصب اخته ينقلها من فرضها حالة الانفراد الى العصوبة كيلا يلزم تفضيل
الانثى على الذكر او المساواة بينهما فاذا لم يكن الانثى بانفرادها صاحبة فرض لا يلزم
هذا المعنى من عدم تعصيبها باخيها كالعمة والعم اذا كانا لابوين او لاب
كان المال كله للعم دون العمة وكذا الحال في بنت العم مع ابن العم وبنت الاخ
مع ابن الاخ المال كله لابن الاخ ٥ والعصبة مع غيره الاخوات لابوين او لاب
مع البنات وبنات الابن بلا اخ مجانس اي بان لا يكون مع الاخت لابوين
اخ لابوين ومع الاخت لاب اخ لاب لانه اذا كان معها اخ مجانس يكون المعصب
هو لا البنت لقوة عصوبته لكونه عصبة بنفسه فيكون الاخت حينئذ عصبة
بغيره لا مع غيره وايضا لو جعلناها عصبة مع غيره تقتضي حرمان الاخ وذلك
محال ثم انما جعلت الاخت عصبة بالبنت لقول النبي عم اجعلوا الاخوات مع البنات
عصبة اي اجعلوا الاخوات لابوين او لاب عصبة مع البنات ولما
فكذلك لان الاخوات لابوين مع البنات فلا يتصور هي عصبتهن العصوبة
والبنات الابن فهن في حكم الصلبيات فيعصبن الاخوات تعصيب الصلبيات
وهذا قول عامة الصحابة وبه اخذ العلماء قاطبة ثم من احكام عصوبة الاخت
مع البنت حرمانها باستغراق الفروض الفريضة وعدم عول المسئلة لاجلها
كما في زوج وام وبنتين واخت لاب فان فيها الربع للزوج والسدس للام والثلثان للبنتين
فكان المسئلة من اثني عشر للربع مع السدس وتعول الى ثلاثة عشر وتحرم الاخت ولو
كانت البنت في المسئلة واحدة تكون للبنت النصف وللاخت الباقي سهم ٥ وذو الابوين
من العصبات مقدم على ذي الاب حتى ان الاخت لابوين مع البنت تحجب الاخ لاب

خلافا لابن عباس فان الاخت لا تصير عصبة مع البنات عنده وهذا مثال الانثى من
ذوي القرابتين وانما ذكرها هنا وان لم تكن عصبة بنفسها لاشتراكها في الحكم لمن هو
عصبة بنفسه وان لم تصر عصبة بان كانت ذات فرض فلها فرضها والباقي للاخ لاب
٥ وعصبة ولد الزنى وولد الملاعنة مولى امه وعصبته وذلك لانه لا اب
لهما فلا نسب ونفي العصبات تحصل من الاب فلا يتصور في حقهما عصبات با
فيه كالجد والاخ والعم وفرع عنها ومن ثم ان بجهة الام فقط ولا يرثان من
ابيهما او قرابته لعدم ثبوت نسبهما منه ولو ادعى الكرب الملاعن نفسه فحد للقذف
ويثبت نسبه منه ويرث كل منهما من الاخر ٥ والاب مع البنت صاحبة فرض وعصبة
وكذلك مع بنت الابن وبيان ذلك انه قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس
مما ترك ان كان له ولد وهذا تنصيص بان فرض الاب بان فرض الاب مع الولد السدس
لكن اسم الولد يتناول الابن والبنت فان كان معه ابن فله فرضه وهو السدس
والباقي للابن وان كانت معه بنت فله سدس وللبنت النصف بالفرض والباقي
للاب لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن وابنه ٥ واخر العصبات
مولى العتاقة لقوله عم للذي اعتق عبده هو اخوه ومولاه ان شكره فخير
له وشر لك وان كفره فشر له وخير لك وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
والمراد بالوارث وارث هو عصبته بدليل ان بنت حمزة اعتقت عبدا لها فمات
وترك بنتا فجعل رسول الله عم نصف ماله لابنته ونصفه الاخر لبنت حمزة
وهي المعتقة ثم عصبته اي عصبة المولى على الترتيب المذكور لانه اذا لم يكن للمعتق
عصبة من النسب على الترتيب الذي ذكرنا فعصبته مولاه الذي اعتقه فان لم يكن
مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بان يكون جزء
المولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة
عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت فمن ترك اب مولاه وابن مولاه فما له
كله لابن مولاه لان استحقاق كل منهما بالعصوبة النسبية والابن يسقط عصوبة
الاب من النسب فاولى ان يسقطها فيما اذا كانت بالسبب فلا يستحق منه شيئا من الولاء
وعند ابي يوسف للاب السدس والباقي للابن لان الاب كالابن في الادلاء بلا
واسطة وزيادة قرب الابن لا من حيث فيعتبر ما لم ينقض الحرمان الاب ولذا لا يحجبه من
السدس ثم لما لم يمكن اعتبار الفريضة للاب هنا جعلنا كان المعتق ورث المال ثم ترك
ابنه واباه دفعا للحيف وحرمان الاب ولو كان مكان الاب جد صحيح في المسئلة فكله
للابن اتفاقا لان ادلاء الجد الى الميت بالواسطة عنده فالابن فيكون المال للابن بلا
خلاف فيه لقوة عصوبته حقيقة ولو ترك ابن ابن المولى وجد المولى قال الامين الدين
في شرح السراجية لا نقل له عن ابي يوسف عندي لكن الاظهر كون الولاء كله لابن الابن

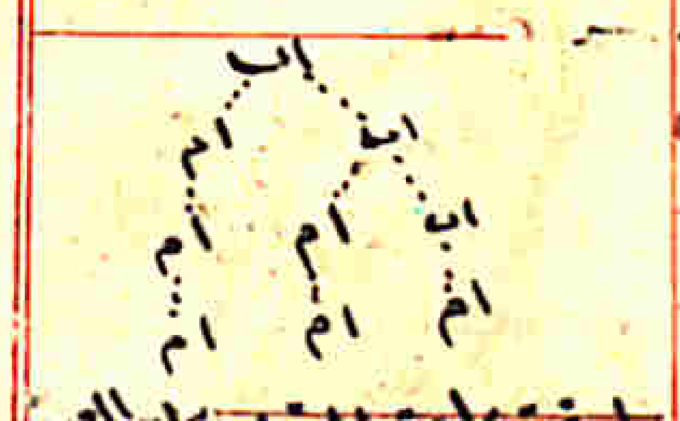
عنده ايضا لانه اشبه بالابن من الجد بالاب الا يرى انه لا يسمى باسم اخر ويحجب
كلا من الاخوة وفاقا بخلاف الجد ولو ترك جد مولاه واخاه فالجد اولى من الاخ في
الصحيح من المذهب وهو قول ابي حنيفة وعندهما يستويان في الولاء بناء على
مقاسمة الجد كما لو اجتمع الجد مع ابن الاخ فانه يكون الجد اولى منه وفاقا اما عند
الامام فظاهر واما عندهما فلانه لا ولاية لابن الاخ على الجد بوجه ○ والعصبة انما
ياخذ ما فضل عن ذوي الفروض فلو تركت زوجا واخوة لام واخوة لابوين وام
فالنصف للزوج والسدس للام والثلث للاخوة لام ولا تشاركهم الاخوة لابوين
وتسمى المشتركة والحمارية **فصل** حجب الحرمان منتف في حق ستة
الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة لقوة قرابتهم وضعف قرابة
غيرهم نظرا اليهم ولا يرجح عليهم اما غير هؤلاء من الورثة فيعمهم حجب الحرمان
على ما سيفصل ان شاء الله تعالى ومن عداهم يحجب الابعد بالاقرب لقوة الاقرب
وضعف الابعد اذا اتحد السبب فالصلبيات يسقطن بنات الابن لان الصلبية
اقرب الى الميت من بنات الابن لانهن في الدرجة الثانية وذو القرابة بذي
القرابتين فالاخوات لابوين يسقطن الاخوات لاب لان قوة القرابة في حكم القرب
في الدرجة فرجح الاقوى قرابة من الاضعف قرابة كالاقرب يرجح من الابعد
ومن يدلي بشخص لا يرث معه لانه اذا استحق الواسطة كل المال وكان استحق
بتلك السبب لاصالته في الادلاء الى الميت لا يبقى لذي الواسطة شيء من الميراث
كالجدات يسقطن كلهن بالام والابويات منهن خاصة بالاب والاخوة والاخوات
كلهم بالاب ايضا لانه يستحق جميع التركة وابن الابن بالابن الا اولاد الام فانهم
يدلون بها ويرثون معها لان سبب الارث في الام الامومة وفي ولدها
الاخوة فلا ينعقد في حقه سبب الحجب وهو اتحاد سبب الارثين فلا تكون
واسطة في الارث فلا يرد نقضا على الكلية ○ ويحجب الاخوة والاخوات لابوين
بالابن وابنه وان سفل لان الاخوة والاخوات كلالة وبالاب والجد لان الاخوة
والاخوات كلالة والارث بفقد الولد والوالد وهذا عند ابي حنيفة لانه
ينزل منزلة الاب عند التكلم وعندهما الجد مع الاخوة والاخوات
الاوفر من المقاسمة معهم ان يجعل كاثنين من الاخوة او من فرضه على
السدس وبه قال الشافعي وقد وقع فيه زيد بن ثابت ويحجب اولاد العلات
اي الاخوة والاخوات لاب بالاخ لابوين ايضا لقوله عم ان اعيان بني الام يتوارثون
دون بني العلات اي بنو الاعيان اولى بالميراث من بني العلات والمقصود من كل الكل هنا
اظهار ما يترجح به بنو الاعيان على بني العلات وعندهما لا يحجب الاخوة لابوين ولاب
بالجد بل يقاسمونه وهو خلاف الام تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذوي الفرض

او عن السدس عند وجوده وبه قال الشافعي وقد وقع في هذا زيد بن ثابت رض ولا يبحث
عنه لطوله وعدم الافتاء به وقال محمد بن سلمة من المتاخرين الاحسن في مسائل الجد
الافتاء بالصلح في موضع الخلاف لاختلاف الصحابة فيه حتى قال ابن مسعود رض سلوني
عما شئتم ولا تسالوني عن الجد لا حياه ولا بياه الله وقال عمر رض اجرأكم على مسائل الجد اجرأكم
على النار وكان علي رض يتشدد في القضاء في الجد والفتوى على قول الامام ابي حنيفة رح
لسلامة اصله عن التكلف ○ واذا استكمل بنات الصلب الثلثين سقط بنات الابن
الا ان يكون بحذائهن او اسفل منهن ابن فيعصب من بحذائه ومن فوقه ممن لم تكن ذات
سهم ويسقط من دونه فلو ترك ثلث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وترك ايضا ثلث بنات
ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض بهذه الصورة

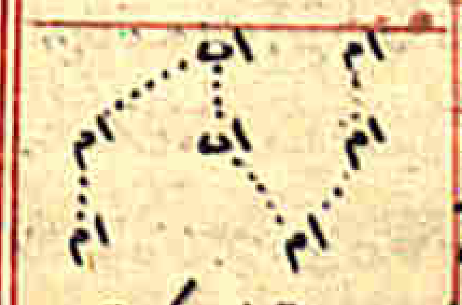


العليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق
الاول يوازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة للثلثين
ولا شيء للباقيات هذا اذا لم يكن في المسئلة ابن فان كان مع العليا من الفريق الاول
فالمال كله بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وتسقط الباقيات وان كان مع الوسطى
من الاول فالنصف للعليا منه والباقي بين الغلام ومن في درجته مقاسمة وان
كان مع السفلى من الاول فالنصف للعليا منه والسدس للوسطى منه مع من يوازيها
تكملة للثلثين والباقي بين الغلام ومن توازيه مقاسمة وتسقط الباقيات وكذا ان
كان مع الوسطى من الثاني او العليا من الثالث وان كان مع السفلى من الثاني فالنصف
للعليا من الاول والسدس للوسطى منه مع من توازيها تكملة للثلثين والباقي بين
الغلام ومن توازيه ومن هو اعلى منه ممن لا فرض لها مقاسمة كذلك وتسقط السفلى
من الثالث فقط ○ واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقط الاخوات لاب الا ان
يكون معهن اخ لاب فيعصبهن وحينئذ يكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين و
ذلك لان ميراث الاخوة والاخوات لاب وام اجري مجرى ميراث الاولاد الصلبية وميراث
الاخوة والاخوات لاب اجري مجرى ميراث اولاد الابن ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم
○ والجدات كلهن يسقطن بالام سواء كن اميات او ابويات اما الاميات فلوجود الادلاء بها

بالام واتحاد السبب الذي هو الامومة واما الابويات فلاتحاد السبب وحده والابويات
خاصة بالاب ايضا وهو قول عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم وروي عن عمر وابن
مسعود وابي موسى الاشعري ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين
لما رواه ابن مسعود ان النبي عم اعطى ام الاب السدس مع وجود الاب والمعنى في ذلك
ان ارث الجدات باعتبار الادلاء دون الادلاء بالانثى لا يوجب استحقاق شي من فريضتها
بل استحقاقهن للارث باسم الجدة وتساوي في هذا الاسم ام الام وام الاب وهو يدل
ان مجرد الاسم لا يوجب الاستحقاق والوراثة بل الاسم مع اعتبار الادلاء بل نقول
ههنا معنيان اتحاد السبب والادلاء ولكل منهما اثر في الحجب كما ان اتحاد السبب لا
انفراد عن الادلاء تعلق به حكم الحجب الا ترى انه يحجب بنات الابن بالبنتين لاتحاد السبب
مع عدم الادلاء كذلك اذا انفرد الادلاء عنه يثبت به الحجب ايضا فالجدة التي تدلي
بالاب تحجب به لوجود الادلاء وتحجب بالام لاتحاد السبب والجدة التي من قبل الام
ترث مع الاب لانعدام الادلاء واتحاد السبب جميعا وتاويل ما رواه ابن مسعود انه
يحتمل ان يكون اب ذلك الميت رقيقا او كافرا وكذا يسقط الابويات بالجد الا ام الاب
وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث بالجد لانها قرابتها من الميت ليست من قبل
الجد بل هي زوجة الجد فلا تسقط به بل ترث معه كالام مع الاب هذا اذا كان
بعد الجد عن الميت بدرجة واحدة واما اذا بعد بدرجتين كاب اب الاب فانه يرث
معه ابويتان ام اب الاب التي هي زوجة الجد المذكور وام ام الاب التي هي زوجة
اب الاب واذا بعد عنه بثلث درجات ترث معه ثلاث ابويات على هذه الصورة



وهكذا كلما ازداد درجات بعد الجد ازداد
عسبها عدد الابويات اللاتي يرثن معه •
والقربى منهن اي من الجدات من اي جهة كانت
اي سواء كانت من قبل الام او من قبل الاب تحجب
الجدة البعدى من اي جهة كانت البعدى وارثة كانت القربى كام الاب
عند عدم الاب مع ام ام الام وكام الام مع ام ام الاب او محجوبة كام الاب معه
اي مع وجود الاب فانها تحجب ام ام الام مع انها محجوبة بالاب فلو ترك الميت
الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا لان البعدى محجوبة
بالقربى والقربى محجوبة بالاب • واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة



والاخرى ذات قرابتين كام اب الاب وهي ايضا ام ام الام
فالسدس بين ذات القرابة الواحدة وثلثاه للاخرى
اي لذات القرابتين عند محمد باعتبار الجهات لان استحقاق
الارث باعتبار الاسباب فاذا اجتمع في واحد سببان يستحقان كجدة من

جهتين كان في الصورة واحدا وفي المعنى متعددا فيستحق الارث بسببيه معا كما اذا
اجتمع فيه سببان مختلفان الا يرى انه اذا ترك ابني عم احدهما اخ لام فانه يأخذ
ذلك الاخ السدس بالفرض والباقي بينهما نصفين بالعصوبة وكذا اذا ترك ابني عم
احدهما زوجها فانه ياخذ الزوج النصف بالفرضية ويقاسم مع صاحبه النصف
الاخر بالعصوبة وينصف عند ابي يوسف باعتبار الابدان لان تعدد الجهة ان
اقتضى تعدد الاسم كما في المثالين المذكورين كان مقتضيا لتعدد الاستحقاق
بحسب تعددها واما اذا لم تقتض تعدد الاسم كان في حكم الجهة الواحدة وما نحن فيه من
هذا القبيل فان ذات قرابتين تسمى جدة كذات القرابة الواحدة • والمحروم عن الميراث
بالكلية بالقتل ونحوه لا يحجب غيره عندنا لا حجب حرمان ولا حجب نقصان وهو قول
عامة الصحابة رض روي ان امراة مسلمة تركت زوجا مسلما واخوين من ام مسلمين و
ابنا كافرا فقضى فيها علي وزيد بن ثابت رض للزوج النصف وللاخوين الثلث والباقي
للعصبة وعند ابن مسعود المحروم يحجب حجب النقصان لا حجب الحرمان ففي المسئلة
المذكورة يكون عنده للزوج الربع وللاخوين الثلث والباقي للعصبة •
والمحجوب يحجب كما مر في الجدة وكالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون الام
من الثلث الى السدس مع كونهم محجوبين بالاب لان ارث الاخوة مشروط
بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة وروي عن ابن
عباس رض في اب وام وثلثة اخوة للام السدس وللاخوة السدس والباقي للاب
فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام لان اية الكلالة لا يمنع من ذلك وانه حجب الام
بهم لا يوجب لهم ما نقص من نصيبها فحجبوها من غير ان حصل لهم شي **فصل**
في العول والرد اعلم ان الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى نوعان الاول النصف
والربع والثمن والثاني الثلثان والثلث والسدس على التنصيف ان بدأت بالاكثر
وعلى التضعيف ان بدأت بالاقل فعلى الاول النصف اذا نصف صار ربعا والربع اذا نصف
صار ثمنا والثلثان اذا نصف صار ثلثا والثلث اذا نصف صار سدسا هذه كيفية
التنصيف واما كيفية التضعيف فالثمن اذا ضعف صار ربعا والربع اذا ضعف صار
نصفا والسدس اذا ضعف صار ثلثا والثلث اذا ضعف صار ثلثين ومخارج تلك
الفروض الستة سبعة وهي اثنان وثلثة واربعة وستة وثمانية واثنا عشر
واربعة وعشرون فاذا جاء في المسائل من هذه الفروض احاد فمخرج كل فرض منفرد
سميه من الاعداد الا النصف فهو من اثنين وليس لاثنين سمي له كالربع من اربعة
والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلثة والسدس من ستة واذا جاء في المسائل
من هذه الفروض مثنى وثلاث وهما من نوع واحد فكل عدد يكون مخرجا
لجزء فذلك العدد يكون مخرجا لضعف ذلك الجزء ولضعف ضعفه كالستة فهي

مخرج السدس ومخرج لضعفه وهو الثلث ومخرج لضعف ضعفه وهو الثلثان والثمانية
وهي مخرج الثمن ولضعفه وهي الربع ولضعف ضعفه وهو النصف وان اجتمع كل
النصف من النوع الاول بكل النوع الثاني اي الثلثين والثلث والسدس او ببعضه
فهو من ستة وان اجتمع الربع من النوع الاول بكل النوع الثاني او ببعضه فهو من
اثني عشر وان اجتمع الثمن من النوع الاول بكل النوع الثاني او ببعضه فهو من اربعة
وعشرين ۵ واذا زادت سهام الفريضة على الفريضة فقد عالت والمخارج
من السبعة المذكورة لا تعول وهي الاثنان والثلثة والاربعة والثمانية
وثلثة منها تعول وهي الستة تعول الى عشرة وترا وشفعا فتعول اربع مرات
فزيادة عليها الى سبعة ولها اربع صور الاولى ما يجتمع فيها نصفان
وسدس كزوج واخت لابوين او لاب وولد ام فالمسئلة اصلها من ستة لان فيها
من السدس ثم النصف لان لكل من الزوج والاخت منها النصف ولولد الام السدس
والثانية ما فيها نصف وثلثان كزوج واختين لابوين او لاب والثالثة ما فيها
نصف وثلث وسدسان كام واخت لابوين واخت لاب وولدي ام والرابعة
ما فيها ثلثان وثلث وسدس كام واختين لابوين او لاب وولدي ام فاصل
المسئلة في كل واحدة من هذه الصور من ستة عالت الى سبعة ۵ والثاني ان
تعول الستة الى ثمانية وله ثلث صور الاولى ما فيها نصفان وسدسان كزوج
واخت لابوين وولدي ام وام والثانية ما فيها نصفان وثلث كزوج واخت لابوين او لاب
وولدي ام والثالثة ما فيها نصف وثلثان وسدس كزوج واختين لابوين او لاب
وولد ام ۵ والثالث ان تعول الستة الى تسعة وله اربع صور الاولى ما فيها
نصفان وثلث وسدس كزوج وام واخت لابوين واخت لاب واخت لام والثانية
ما فيها نصفان وثلث وسدس كزوج واخت لابوين وولدي ام وام والثالثة
ما فيها نصف وثلثان وثلث كزوج واختين لابوين وولدي ام والرابعة ما
فيها نصف وثلثان وسدسان كزوج واختين لابوين وولد ام وام ۵ والرابع
ان تعول الستة الى عشرة وله صورتان الاولى ما فيها نصفان وثلث وسدسان
كزوج واخت لابوين واخت لاب وولدي ام وام والثانية ما فيها نصف و
ثلثان وثلث وسدس كزوج واختين لابوين وولدي ام وام وتلقب هذه
بالشريحية لان شريحا قضى فيها للزوج بثلثة من عشرة فكان الزوج
يطوف البلاد ويقول ماتت امراتي من غير ولد وولد ابن ولم يعطني شريح
منها النصف ولا الثلث فعذره شريح وكان اذا لقيه يقول له تظهر الشكوى
وتكتم الفتوى ويروى انه كان يقول اسات القول وتركت العول ۵ والاثنا
عشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا فتعول الى ثلثة عشر وله ثلث صور

الاولى ما فيه ربع وثلثان وسدس كزوجة واختين لابوين وولد ام
والثانية ما فيه ربع ونصف وسدسان كزوج وبنت واب وام والثالثة ما
فيه ربع ونصف وثلث كزوجة واخت لابوين او لاب وولدي ام وتعول ايضا الى
خمسة عشر وله اربع صور الاولى ما فيه ربع وثلثان وسدسان كزوجة و
اختين لابوين او لاب وولد ام وام والثانية ما فيه ربع ونصف وثلثة اسداس
كزوجة واخت لابوين واخت لاب واخت لام وام والثالثة ما فيه ربع وثلثان وثلث
كزوجة واختين لابوين او لاب وولدي ام والرابعة ما فيه ربع ونصف وثلث وسدس
كزوجة واخت لابوين او لاب وولدي ام وام وتعول ايضا الى سبعة عشر وله صورتان
الاولى ما فيه ربع وثلثان وثلث وسدس كزوجة وام واختين لابوين او لاب وولدي
ام والثانية ما فيه ربع ونصف وثلث وسدسان كزوجة واخت لابوين و
اخت لاب وولدي ام وام ۵ والاربعة والعشرون تعول الى سبعة وعشرين
عولا واحدا في المسئلة المنبرية وهي امراة وبنتان وابوان وانما سميت
منبرية لان عليا رض كان يخطب على منبر الكوفة قائلا الحمد لله الذي
يحكم بالحق قطعا ويجزي كل نفس بما تسعى واليه المآب واليه الرجعى فسال
سائل عن سهم الزوجة من هذه المسئلة فاجاب فقال السائل اليس للزوجة
الثمن فاجاب رض على تلك الروية بان ثمنها صار تسعا ومضى
على خطبته فتعجبوا من فطنته ۵ والرد ضد العول اذ بالعول ينقص سهام ذوي الفروض
ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينقص اصل المسئلة وفي العول يفضل السهام
على المخرج وفي الرد يفضل المخرج على السهام وذلك بان لا تستغرق السهام الفريضة مع
عدم العصبة فيرد الباقي على ذوي السهام سوى الزوجين بقدر سهامهم وهو قول
عامة الصحابة كعلي ومن تابعه رض وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل
على ذوي الفروض بل يرد الى بيت المال وبه اخذ عروة والزهري ومالك والشافعي لكن المحققين
من اصحاب الشافعي قالوا لو لم يكن بيت المال يرد الفاضل على ذوي الفروض بنسبة فروضهم
والا لكان لبيت المال وقال عثمان بن عفان رض يرد على الزوجين ايضا لان الفريضة لو
نقص بالعول عالت على الكل فوجب ان يكون ضده من الزيادة ان يكون للكل فيكون الخراج
بالضمان والغنم بالغرم وجه من منع الرد مطلقا بان الله تعالى قدر نصيب اصحاب
الفرائض بالنص الظاهر فلا يجوز ان يزاد عليه لانه تعد عن الحد الشرعي قال الله تعالى
ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا وبان الفاضل عن فروضهم مال
لا مستحق له فيكون لبيت المال كما اذا لم يترك وارثا اصلا اعتبار البعض بالكل ولنا قوله
تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض اي بعضهم اولى بميراث بعض بسبب
الرحم فهذه الاية دلت على استحقاقهم جميع الميراث بصلة الرحم وفيه الموارثة

اوجبت استحقاق جزء معلوم من المال لكل واحد منهم فوجب العمل بالآيتين بان يجعل
لكل واحد فرضه بتلك الآية ثم يجعل ما بقي مستحقا لهم للرحم بهذه الآية وهذا
لا يرد على الزوجين لانعدام الرحم في حقهما وكما روي ان النبي عم لما دخل
على سعد رض يعوده فقال يا رسول الله ان لي مالا ولا يرثني الا ابنتي الحديث ولم
ينكر عليه النبي عم حصر الميراث على ابنته ولو لم يكن الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره
على الخطأ لا سيما في موضع الحاجة الى البيان وكذا روي ان امرأة اتت النبي عم
فقالت يا رسول الله اني تصدقت على امي بجارية فماتت امي وبقيت الجارية
فقال عم وجب اجرك ورجعت اليك في الميراث فجعل الجارية راجعة اليها
بحكم الميراث وهذا هو الرد وروي عن ابن مسعود رض انه لم يرد على بنت ابن مع بنت
الصلب ولا على اخت لاب مع الاخت لابوين ولا على اخوة من ام مع ام ولا على
جدة اذا كان لا يكون وارث غيرها وبه اخذ علقمة لان الفاضل من الفرض
ماخوذ بطريق العصوبة فيقدم فيه الاقرب فالاقرب وميراث الجدة السدس
كان طعمة فلا يزاد عليه الا ان لا يكون ثم وارث غيرها فتكون هي اولى من
الاجانب قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا ولهذا لم يحجب البعض البعض
ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير انه اثر في تفضيل النصيب
عند الاجتماع فيفضل الفاضل ايضا ولا دخل النقص على الزوجين بالعول
ما ذكروا في الدليل الثاني لا يرد لان ما ثبت بالنص على خلاف القياس وفي اخذ
الزيادة مما يخالف النافي لا يرد فلا يمكن اثباته بالقياس لان ما ثبت على خلاف
القياس يقتصر عليه وتقدير النصيب لكل واحد من ذوي الفروض عصمهم الكل
وذلك لا يمنع استحقاق الزيادة ولا متعرض لها اصلا لا بالنفي ولا بالاثبات لثبات
بدليل آخر على ما ذكرناه ولان النصوص المذكورة في تعيين نصيب كل واحد منهم تثبت في
والاخذ بطريق الرد ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا يمنع ثبوته بدليل آخر
كما ثبت ذلك في بعض العصبات حيث ياخذ الفرض بالنص ثم ياخذ الباقي بدليل آخر
ولا يعد ذلك زيادة على النص وانما هو عمل بمقتضى الدليلين ولم يثبته بالرأي بل
بالنص على ما بيناه ٥ واصحاب من يرد عليه من ذوي الفروض النسبية سبع البنت
وبنت الابن والاخت لابوين والاخت لاب وولد الام والام والجدة الصحيحة و
سهام اصحابه نصف وثلثان وثلث وسدس وسهام من لا يرد عليه نصف وربع
وثمن فان كان من يرد عليه جنسا واحدا ولم يكن من لا يرد عليه فالمسئلة من عدد
رؤسهم كما اذا ترك الميت بنتين او اختين او جدتين فيعطى كل واحد منهما نصف الكل
لتساويهما في الاستحقاق وعدم كل المال اليهم فيقسم بينهم على السوية وان كانوا
جنسين او اكثر فمن عدد سهامهم من اثنين لو كان في المسئلة سدسان كجدة صحيحة

وولد الام فترد السدسة التي هي اصل المسئلة على اثنين وتقسم المال بينهما على النصفين
تقليلا لعمل القسمة ومن ثلثة لو كان في المسئلة سدس وثلث كولد ام واحد
او كام وولدي ام لان السدس سهم والثلث سهمان فيرد اصل المسئلة التي
هي من ستة الى ثلثة فيعطى منها لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان
ومن اربعة لو كان في المسئلة سدس ونصف كام وبنت فيرد اصل مسئلة التي
هي من ستة الى اربعة فيعطى منها للام ربعها وللبنت ثلثة ارباعها ومثلها
بنت وبنت ابن ومن خمسة لو كان في المسئلة ثلث ونصف او سدسان ونصف
او ثلثان وسدس كام واخت لابوين او لاب فيعطى للام خمسان لان ثلثها سهمان
من اصل المسئلة التي هي الستة وللاخت ثلثة الاخماس لانها عدد النصف من الستة
وكاخت لابوين واخت لاب وام فيعطى للاخت لابوين منها ثلثة الاخماس وللاخت
لاب خمس وللام خمس وكاختين لابوين واخت لاب فيعطى للاختين لابوين منها
اربعة اخماس وللاخت لاب خمس ولا يرد على الكل من هذه الاصول الاربعة الستة
● وان كان مع الاول اي مع الجنس الواحد ممن يرد عليه من لا يرد عليه اعطي فرضه
اي فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه ثم قسم الباقي على عدد رؤسهم اي على رؤس من يرد
عليهم كما كان يقسم جميع المال على عدد رؤسهم اذا انفرد واعطي من لا يرد عليه فان استقام
الباقي على رؤس من يرد عليه فبها ونعمت هي اذ لا حاجة الى الضرب كزوج وثلث بنات
فاقل مخارج من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطي الزوج منها واحد بقي ثلثة وهي مستقيمة
على عدد رؤس البنات وان كان لم يستقم ذلك على عدد رؤس من يرد عليهم كان وفق
عدد رؤسهم ذلك الباقي ضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج
وست بنات فاقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطي الزوج واحد منها
بقي ثلثة وهي لا تستقيم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما موافقة بالثلث اذ ذلك
عدة المداخلة فضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان في الاربعة يبلغ ثمانية
فللزوج منها اثنان وللبنات ستة وان باين ضرب كل عدد رؤسهم فيه اي في
مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ الحاصل من ضرب وفق الرؤس في ذلك المخرج على تقدير
التوافق او من ضرب كل عدد الرؤس على تقدير التباين تصح المسئلة وقد سبق مثال
الموافقة واما مثال المباينة فقوله كزوج وخمس بنات هذه الصورة كالصورتين
السابقتين اصلها من اثني عشر لاجتماع الربع والثلثين لكنها يرد مثلها الى الاربعة
التي هي اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطي الزوج منها واحد بقي ثلثة وهي
لا تستقيم على البنات الخمس لا بينها وبين عدد الرؤس مباينة فضرب كل عدد رؤسهن
في فرض من لا يرد عليه اي الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد
ضرب في المضروب الذي هو خمسة فكان خمسة اعطيت للزوج وكان للبنات منها ثلثة

ضربت في الخمسة فصار خمسة عشر فاعطي لكل واحدة منهن ثلثة ٥ وان كان مع الثاني
اى مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه من لا يرد عليه قسم الباقي من مخرج فرض من
لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه فان استقام الباقي من ذلك المخرج على هذه المسئلة
فبها ولا يحتاج الى الضرب كزوجة واربع جدات وست اخوات لام فان اقل مخرج فرض
من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت المراة واحدا منها بقي ثلثة وهي هيهنا مستقيمة
على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات
السدس فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد ففي هذه الصورة استقام الباقي
على مسئلة من يرد عليه وان لا اى ان لم يستقم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة
من يرد عليه ضرب جميع مسئلتهم اى مسئلة من يرد عليهم في مخرج فرض من لا يرد عليه
كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات اصل المسئلة من اربعة وعشرين لاجل اجتماع
الثمن بالثلثين والسدس لكنها ردية فرددناها الى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه
وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقي سبعة فلا تستقيم على الخمسة
التي هي مسئلة من يرد عليه هيهنا لان الفريضين ثلثان وسدس بل بينهما
مباينة فضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعني الخمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه
وهو الثمانية فبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين واذا اراد ان يعرف
حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذي هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه
بقوله ثم تضرب سهام من لا يرد عليه من اقل مخارج فرضه في مسئلة من يرد عليه
فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور و يضرب سهام كل فريق من
من يرد عليه من مسئلتهم فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وذلك لان حق كل فريق
ممن يرد عليه انما هو في الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم ففي المسئلة
المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربناه في الخمسة التي هي مسئلة من يرد عليه
كان الحاصل خمسة فهي حق الزوجات من الاربعين وللبنات من مسئلة من يرد عليه اربعة
واذا ضربناها فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهي
لهن من الاربعين وللجدات من مسئلة من يرد عليه واحد واذا ضربناه في السبعة كان
سبعة فهي للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق
ممن يرد عليه ويصحح السهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين اذا انكسرت على البعض
او الجميع بالاصول المذكورة فالمثال الاول الذي هو زوجة واربع جدات وست اخوات
لام تصح من ثمانية واربعين للزوجة منها اثنا عشر وللجدات الاربع ايضا اثنا عشر
وللاخوات الست اربعة وعشرون والمثال الثاني الذي هو اربع زوجات وتسع
بنات وست جدات تصح من الف واربعمائة واربعين للزوجات الاربع منها مائة
وثمانون وللبنات التسع الف وثمانية وللجدات الست مأتان واثنان وخمسون

بلغ [illegible]

فصل ذو الرحم قريب ليس من النسب ليس بعصبة ولا ذي سهم ويرثه على راي
العصبة عند عدم ذي السهم ممن انفرد منهم حاز جميع المال اعلم ان عامة
الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود وابي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وابي الدرداء
وابن عباس في رواية مشهورة وغيرهم يرون توريث ذوي الارحام وتابعهم
في ذلك من التابعين علقمة وابرهيم وشريح والحسن وابن سيرين وعطاء ومجاهد
وبه قال اصحابنا ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر ومن تابعهم وقال زيد
بن ثابت وابن عباس في رواية شاذة لا ميراث لذوي الارحام ويوضع المال عند
عدم اصحاب الفرائض والعصبات في بيت المال وتابعهما في ذلك من التابعين
سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وبه قال مالك والشافعي لما روي عن عطاء
ابن يسار ان رجلا من الانصار جاء الى رسول الله عم فقال يا رسول الله رجل
هلك وترك عمته وخالته فسال النبي عم وهو واقف فوقفه ثم رفع يديه
وقال اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته فساله الرجل ويفعل النبي عم
ذلك ثلاث مرات ثم قال لا شيء لهما وفي بعض روايته لا ارى ينزل علي شيء
لا شيء لهما او روي انه عم قال لا اجد لهما شيئا واذا لم ينزل عليه لا يمكن
اثباته بالراي لان المقادير لا يمكن اثباتها بالراي ولنا ما روي عن ابن عباس رضه
ان النبي عم اخى بين اصحابه وكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت واولوا الارحام بعضهم
اولى ببعض في كتاب الله فتوارثوا بالنسب وعن المقداد بن معدي كرب رضه عن
النبي عم انه قال من ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه
والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه
احمد وابو داود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا اينا
لا يعرف من اين هو قال رسول الله عم لعاصم بن عدي هل تعرف له فيكم
نسبا قال لا يا رسول الله فدفع رسول الله عم الى ابي لبابة بن المنذر ابن اخته
فاعطاه ميراثه وعن امامة بن سهل ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ليس
له وارث الا خال فكتب في ذلك ابو عبيدة الى عمر رضه فكتب عمر ان النبي عم
قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وقال الترمذي حديث
حسن وقال الطحاوي هذه اثار متصلة قد تواترت عن رسول الله عم وعلى هذا كانت
الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضه في عم لام وخالة اعطي العم
الثلثين والخالة الثلث وقال عبد الله بن مسعود رضه فيمن ترك عمة وخالة
للعمة الثلثان وللخالة الثلث وقال السمرقندي اذا لم يكن للميت وارث يرثونه جميعا
وهو المراد ببيت المال فاذا كان بعضهم اقرب اليه من بعض ورث ماله ولو لا حجة
الا طالة لاوردنا ما حكي عن السلف من افراد الواقعات وما روي منقطع ومن وجهه

الخصم الا ان يكون حجة حكيمة يحتج به على غيره ومثله غير ملتزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه ايضا
عندنا حجة في دفع مواريث ذوي الارحام لانه تعارضه ما تلونا من الاية ويحتمل ان يكون هذا
ممن هو ولي منها او صار نزول الاية ويحتمل قوله عم لا شيء لهما اراد به الفرض اي لا فرض لهما
مقدر ونحن نقول به ● ويرجحون بقرب الدرجة اي اذا ادلوا بطريق العصوبة فيقدم الاقرب
على الابعد في كل صنف منهم كما في العصبات ثم بقوة القرابة فان ذا القرابتين اولى من
ذي قرابة واحدة مع تساويهما في الدرجة ثم بكون الاصل وارثا عند اتحاد الجهة
فمن يدلي بوارث اولى من كل صنف لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل
تقدمه عليه في استحقاق فكان من يدلي به اقوى والقوة تاثير في التقدم الا ترى
ان بني الاعيان يقدمون على بني العلات في العصوبة بهذا المعنى وان اختلف جهة
القرابة اي اذا كان بعض ذوي الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام فلقرابة
الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رض وهذا التصوير
في الفروع وانما يتصور في الاصول والعمات والاخوال ثم تعتبر الترجيح في كل فريق كما لو انفرد
وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين ● ونعتبر ابدان
الفروع ان اتفقت الاصول في الذكورة والانوثة وكذا ان اختلفت عند ابي يوسف
وعند محمد يوجد الصفة من الاصول والعدد من الفروع ويقسم على اول بطن وقع
فيه الاختلاف ثم يجعل الذكور على حدة والنساء على حدة فيقسم نصيب كل طائفة
على اول بطن اختلف كذلك ان كان والا دفع حصة كل اصل الى فرعه وسيجيء
بيانه انه ان اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت
القسمة على ابدانهم حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول
المدلى بهم سواء كانوا اصولا لهم او لم يكونوا وان لم تتفق صفة الاصول
تعتبر العدد من الفروع اي المدلون بهم والصفة من بطن اختلف فيقسم
المال على اول البطن فيعتبر عدد كل واحد في ذلك البطن بعدد فروعه حتى
يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة اناثا
بعدد فروعها ويعطي الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة
نقسم المال على اول بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة
والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب الذكور يجمع ويقسم على اول بطن اختلف
بعد ذلك وكذا ما اصاب الاناث وهكذا يعمل الى ان ينتهي الى الذين هم احياء
وهذا قول محمد وعند ابي يوسف والحسن بن زياد تعتبر ابدان الفروع سواء اتفقت
صفة الاصول في الذكورة والانوثة او اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان او اكثر تعتبر
الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير ان ابا يوسف تعتبرها في الفروع ومحمد في الاصول
وقول محمد اصح في ذوي الارحام جميعا وهو اشهر الروايتين عن ابي حنيفة رح ●

● والانواع ذوي الرحم الجامعة لاصنافه اربعة جزء الميت واصله وجزء ابيه
وجزء جده يتقدم من هذه الاربعة النوع الاول وهو جزء الميت ومن ينتمي اليه وهم
اولاد البنات الصلبية من الابن والبنت واولاد بنات الابن ذكرا وانثى وان سفلن ●
ثم النوع الثاني وهو اصله ومن ينتمي اليه الميت وهم الاجداد الفاسدون
الذين سقطوا عن الفرض والتعصيب وفسدت نسبتهم الى الميت بان ادلى
بانثى سواء كانوا من قبل الام كاب الام ومن فوقه او من قبل الاب كاب ام الاب
ومن فوقه والجدات الفاسدات اللواتي سقطن عن الفرض وفسدت نسبتهن
الى الميت بان ادلين اليه بذكر قبل انثى سواء كن من قبل الام كام اب الام ومن
فوقها او من قبل الاب كام اب ام الاب ومن فوقها ● ثم النوع الثالث وهو
جزء ابيه اي المنتمي الى من ينتمي اليه الميت قريبا وهو جزء ابويه وهم اولاد الاخوات
الثلاث ذكرا وانثى واولاد الاخوة لام ذكرا وانثى وبنات الاخوة لابوين
او لاب ● ثم النوع الرابع وهو جزء جده اي من ينتمي الى من ينتمي اليه الميت
من فوقه كابوي الجد وجدته وهم العمات الثلاث والخالات الثلاث
والاخوال الثلاثة والاعمام لام وبنات العم لابوين وبنات العم لاب ثم اولاد
هؤلاء وهم ابناء العمات الثلاث وبناتهن وابناء الخالات الثلاث وبناتهن وابناء
الاخوال الثلاثة وبناتهم وابناء الاعمام لام وبناتهم وابن بنت العم لابوين
وبنتها وابن بنت العم لاب وبنتها ● ثم جزء جد ابيه وامه وهم عمات الاب
والام وهن ست عمة الاب لابوين وعمته لاب وعمته لام وعمة الام لابوين
وعمتها لاب وعمتها لام وخالاتهما الست كذلك واخوالهما الستة كذلك واعمام
الاب لام واعمام الام سواء كانوا لابوين او لاب او لام وبنات اعمامهما
اي بنت عم الاب لابوين وبنت عم الاب لاب وبنت عم الاب لام وبنت عم الام لابوين او لاب
او لام واولاد اعمام الاب اي ابن عم الاب لابوين وبنته وابن عم الاب لاب وبنته
وابن عم الاب لام وبنته وابناء عمات الاب وبناتهن وابناء عمات الام وبناتهن وابناء
خالاتهما الست وبناتهن وابناء اخوالهما الست وبناتهم وابن عم الاب لام وبنته
وابن بنت عمه من لابوين وبنتها وابن بنت عمه لاب وبنتها فجملة اصناف ذوي
الارحام مائة وستة وعشرون فهذه عدتهم **فصل** والغرقى والهدمى
والموتى من الطعن والطاعون اذا لم يعلم ايهم مات اولا يقسم مال كل على ورثته
الاحياء ولا يرث بعض الاموات من بعض الا اذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر
من المتقدم وهو قول ابي بكر وعمر وزيد واحدى الروايتين عن علي رض وذلك
لان الارث ينبني على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث
بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وقال ابن مسعود يرث بعضهم

بعضا لا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وهو احدى الروايتين عن علي رضي
لان حيوة كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين والاصل بقاؤها الى ما بعد الموت
ولان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات فكان كل واحد منهم مات بعد موت الاخر
فيرث منه الا ما ورثه للتعذر لان تقديره حيا بعد موته حتى يرث ماله من وارثه
محال ولنا انه لما استحال في حق البعض استحال في حق الكل لان سبب الارث متحد لا يقبل
التجزي فظاهر حيوتهم يصلح للدفع فكذلك الحكم اذا ماتوا بغير هذه الاسباب المذكورة
وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطي السدس فرضا ثم اقتسما الباقي عصوبة لاختلاف
جهتيه بخلاف الاخ لاب وام حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث الفرض على انه اخ من ام
لانه ليس فيه اختلاف الجهة لانه يرث بالاخوة وهي جهة واحدة فلا يصلح الاستحقاق
بها الا الترجيح فقط عند من هو دونه في القوة كالاخ لاب ● ولا يرث المجوسي بالانكحة
الباطلة كما اذا تزوج امه او غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح اما عندهما
فلان النكاح لم يصح وعند ابي حنيفة وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا
اسلم فكان كالفاسد. وان اجتمع فيه اي في المجوسي قرابتان لو تفرقا في شخصين
ورث بهما يرث بهما كما اذا تزوج امه فولدت له بنتا ترث الثلثين النصف على انها
بنت والسدس على انها بنت الابن تكملة للثلثين ولو تزوج بنته فولدت له بنتا
ترث من امها على انها بنت وترث الباقي على انها عصبة لانها اختها من ابيها وهي عصبة
مع البنت وان كانت احديهما اي احدى القرابتين تحجب الاخرى يرث بالحاجبة كما اذا تزوج
المجوسي امه فولدت له ابنا فهو ابنها وابن ابنها يرث منها اذا ماتت على انه ابن ولا يرث على
انه ابن الابن لان ابن الابن يحجب بالابن وكذا لو ولدت له بنتا فماتت تلك المجوسية
ترث البنت منه على انها بنت ولا ترث على انها اخت لام لان الاخت لام تسقط
بالبنت ● واذا ترك الميت امرأة حاملا او غيرها ممن يرثه ولدها توقف
للحمل نصيب ابن واحد وهذا قول ابي يوسف هو المختار وعن ابي يوسف
ايضا وهو قول محمد لان ولادة الابنين معتاد انه يوقف نصيب ابنين لان
ولادة الابنين معتاد والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب
والاكثر نادر موهوم والحكم للغالب ويؤخذ كفيل من الورثة لاحتمال ان
يكون اكثر وهذا اذا كان في الورثة ولد واما اذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف
الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر لا يخلو اما ان يكون الورثة
كلهم اولادا وان كانوا كلهم اولادا يعزل ما ذكرنا من العدد على الاختلاف وان
لم يكونوا كلهم اولادا فلا يخلو اما ان يكون فيهم اولاد او لا فان كان فيهم اولاد يعطى
كل وارث هو غير الولد نصيبه ثم تقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب
الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرناه آنفا وان لم يكن في الورثة ولد

والحمل من الميت يعطى كل وارث منهم نصيبه على تقدير ان الحمل ذكر او انثى ايهما اقل
وان كان على احد التقديرين يرث دون الاخر فلا يعطى شيئا وكذا اذا كان فيهم من
لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فانه يعطى شيئا لاحتمال
وان كان نصيبه على احد التقديرين اكثر يعطى الاقل للتيقن به ويوقف الباقي
● وان خرج اكثره حيا ثم مات ورث وان اقله فلا اي يرث الحمل ان خرج اكثره
وهو حي ثم مات وان خرج اقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حيا من
البطن شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر
صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته

فصل

المناسخة ان يموت بعض الورثة
قبل القسمة اذا ماتت امرأة وتركت زوجا وبنتا وامها ثم مات الزوج قبل القسمة
عن امرأة وابوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم ماتت الجدة عن
زوج واخوين فصحح المسألة الاولى واعط كل وارث سهمه من هذا التصحيح
ثم صحح الثانية فان استقام نصيب الميت الثاني على مسألته لا يحتاج الى الضرب
فان التصحيح الاول ههنا بمنزلة اصل المسألة هناك والتصحيح الثاني بمنزلة المستوي
عليهم ثمة وما في يد الميت الثاني بمنزلة سهامهم من اصل المسألة ففي صورة
الاستقامة تصح المسألتان من التصحيح الاول كما اذا مات الزوج في المثال المذكور
عن امرأة وابوين وذلك لان المسألة الاولى ردية لان اصلها اثنا عشر لاجتماع
الربع والنصف والسدس فاذا اخذ الزوج منها ثلثة والبنت ستة والام اثنين
بقي منها واحد يجب رده على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا المسألة الى اقل مخارج
فروض من يرد عليه صارت اربعة واذا اخذ الزوج منها واحدا بقي ثلثة فلا تستقيم على
الاربعة التي هي سهام البنت والام بل بينهما مباينة فيضرب هذه السهام التي بمنزلة
الرؤس في ذلك الاقل فيحصل ستة عشر للزوج منها اربعة وللبنت تسعة
وللام ثلثة ثم تلك الاربعة التي هي للزوج منقسمة على ورثته المذكورين
فللزوجة منها واحد وللام ثلث ما بقي وهو ايضا واحد وللاب اثنان فاستقام
ما كان في يد الزوج من التصحيح الاول على التصحيح الثاني وصحت المسألتان من التصحيح
الاول وان لا اي ان لم يستقم ما في يده من التصحيح الاول على التصحيح الثاني ينظر
ان كان بينهما موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في التصحيح الاول على قياس ما
يجيء في فصل التصحيح من انه اذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم
وروسهم موافقة يضرب وفق عدد الروس في اصل المسألة فكذا ههنا يضرب وفق
التصحيح الثاني الذي هو بمنزلة الروس هناك في التصحيح الاول القائم ههنا مقام اصل
المسألة فيحصل به ما تصح منه المسألتان كما اذا ماتت البنت في ذلك المثال وخلفت
ما ذكر ابنين وبنتا وجدة فان ما في يدها من التصحيح الاول تسعة وتصحيح مسألتها

ستة وبينهما موافقة بالثلث فضرب ثلث الستة وهو اثنان في ستة عشر والمبلغ
وهو اثنان وثلثون مخرج المسئلتين فمن كان سهامه من ستة عشر اعني ورثة الميت الاول
تضرب سهامه تلك في وفق مسئلة الثاني وهو اثنان فيكون ما حصل نصيبه ومن كان سهامه
من ستة اعني ورثة الميت الثاني تضرب سهامه في وفق ما كان في يد الميت وهو ثلثة
فالحاصل كان نصيبه وقد كان لام الميت الاول ثلثة من ستة عشر تضربها في اثنين ستة
ستة فهي لها وكان للزوج منها اربعة تضربها في اثنين يحصل ثمانية فهي له ومن ستة
على ورثة فلم وجدت منها سهمان ولابيه اربعة ولامه سهمان وهو ثلثة تبقى
والمضروب نصيب كل من ورثته من ستة عشر في ذلك الوفق لم تختلف الحال وكان
لكل واحد من بني البنت سهمان من مسئلتها وهي الستة فاذا ضربناها في الثلثة صار
ستة فهي له وكان لبنتها من مسئلتها سهم واحد فاذا ضرب في الثلثة كان ثلثة فهي
لها وكان لكل واحد من مسئلتها ايضا واحد تضرب في ثلثة وقد كان هاهنا اعتبار
كونه اما الميت مات اولا ستة من اثنين وثلثين ففي يد الجدة حينئذ تسعة فـ
ان وافق نصيبه مسئلته فيها وتم كما بيناه وان لم اي ان كان بينهما مباينة
فاضرب كل التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول كما اذا ماتت في ذلك المثال الجدة
التي هي ام المرأة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان ما في يدها تسعة وتصحيح
مسئلتها اربعة وبين التسعة والاربعة مباينة فاضرب الاربعة في التصحيح
السابق اعني اثنين وثلثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهي مخرج المسئلتين فمن كان له
نصيب من الاثنين والثلثين تضرب نصيبه في الاربعة التي هي مسئلة الجدة ومن كان له نصيب
من الاربعة تضرب نصيبه منها في جميع ما كان في يد الجدة وهي التسعة وقد كان
للمرأة من مات ثانيا وهو زوج الميت الاول سهمان من الاثنين والثلثين فاذا
ضربتهما في الاربعة بلغ ثمانية فهي لها وكان لابيه منها اربعة اذا ضربتها
في الاربعة يبلغ ستة عشر فهي له وكان لامه سهمان اذا ضربتهما في الاربعة صار
ثمانية فهي لها وكان لكل واحد من ابني من مات ثالثا وهي بنت الميت الاول ستة
من العدد المذكور اذا ضربتها في الاربعة تبلغ اربعة وعشرين فهي لكل واحد منهما
وكان لبنتها ثلثة من ذلك العدد اذا ضربتها في الاربعة تبلغ اثني عشر فهي لها وكان
لزوج من مات رابعا وهي الجدة المذكورة من الاربعة التي هي مسئلتها سهمان فاذا
ضربتهما في التسعة التي كانت في يدها تصير ثمانية عشر فهي له وكان لكل واحد
من اخويها من مسئلتها سهم واحد اذا ضربته في التسعة تكون تسعة فهي لكل
واحد منهما فالحاصل من الضرب على تقديري الموافقة والمباينة مخرج
المسئلتين وما انزح فيهما ثم اذا اردت ان تعرف نصيب كل واحد من الورثة
من ذلك المبلغ فاضرب سهام ورثة الميت الاول من تصحيح مسئلته في وفق التصحيح الثاني

على تقدير الموافقة او في كله على تقدير المباينة فيكون الحاصل مضروب سهام
كل وارث منهم في هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب فيه ان
التصحيح الثاني ووفقه هاهنا بمنزلة المضروب في اصل المسئلة وسهام ورثة
الميت الثاني من تصحيح مسئلته تضرب في وفق ما في يده على تقدير الموافقة
او في كله على تقدير المباينة فما خرج فهو نصيب كل فريق فان مات ثالث من
الورثة قبل القسمة فاجعل المبلغ الذي صح من المسئلة الاولى والثانية بمكان
الاولى والثالثة بمكان الثاني في العمل كان الميت الاول والثاني صارا ميتا واحدا
فصير الميت الثالث ثانيا وكذا تفعل ان مات رابع او خامس وهلم جرا فانه اذا صار
تصحيح الميت الاول والثاني والثالث تصحيحا واحدا يصير الميت الرابع ثانيا وكذا اذا
صار تصحيح اربعة من الموتى واحدا كانوا بمنزلة ميت واحد وصار الخامس ميتا ثانيا
وهكذا الى ما لا يتناهى جعل موت الاول منهم مثالا للاستقامة وموت الثاني
مثالا للموافقة وموت الثالث مثالا للمباينة **حساب الفرائض** الفروض
المقدرة في كتاب الله تعالى نوعان النوع الاول النصف ونصفه وهو الربع
ونصف نصفه وهو الثمن والثاني الثلثان ونصفهما وهو الثلث ونصف
نصفهما وهو السدس فالنصف يخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من
ثمانية والثلثان والثلث من ثلثة والسدس من ستة ● فان اختلط النصف
بالنوع الثاني اي بالثلثين والثلث والسدس كما اذا ترك زوجا واما واختين
لابوين واخا لاب او ببعضه كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط كما فيمن خلف
زوجا واختين لام او اختلط بالثلثين فقط كما فيمن خلفت زوجا واختين لابوين
او اختلط بالسدس فقط كما فيمن خلف اما وبنتا او اختلط بالثلثين والثلث معا كما اذا
تركت زوجا واختين لابوين واختين لام او اختلط بالثلثين والسدس معا كما اذا تركت
زوجا واما واختين لابوين او اختلط بالثلث والسدس معا كما اذا تركت زوجا واما واختين
لام فمن ستة يعني مخرج الفروض في هذه الاختلاطات كلها هو الستة وذلك لان مخرج
النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلثة وكلا هذين الاعدادين في الستة فهي مخرج
النصف المختلط بفروض النوع الثاني على جميع الوجوه المذكورة ● او اختلط
الربع من النوع الاول بكل النوع الثاني اي بالثلثين والثلث والسدس
كما اذا خلف زوجة واما واختين لابوين واختين لام او اختلط الربع ببعض
النوع الثاني كما اذا اختلط بالثلثين فقط كزوج وبنتين او بالثلث فقط
كزوجة وام او بالسدس فقط كزوجة وولد ام او بالثلثين والثلث كزوجة
واختين لابوين واختين لام او بالثلث والسدس كزوجة وام واختين لام
فمن اثني عشر اي هو مخرج مسائل هذه الاختلاطات الثنائية والثلاثية

والرابعة وذلك لان مخرج اقل جزء من النوع الثاني هو الستة وهو داخل
فيها مخرج الثلث والثلثين واكتفينا به مخرجا للكل ثم اخذنا مخرج الربع وهو
الاربعة فوجدنا بينها وبين الستة موافقة بالنصف فضربنا نصف احدهما في كل
الاخر فصار اثني عشر فهو مخرج هذه الفروض المختلطة ومنه تخرج مسائلها المذكورة
○ وان اختلط الثمن من النوع الاول بكل النوع الثاني اي الثلثين والثلث والسدس
وهذا الاختلاط انما يتصور على راي ابن مسعود لان المحروم عنده يحجب حجب
نقصان كما اذا ترك ابنا كافرا وزوجة واما واختين لابوين واختين لام
فان الابن المحروم يحجب عنده الزوجة من الربع الى الثمن واما على راينا فهو غير متصور
لان الثمن اذا كان للمراة وجب ان يكون صاحب الثلثين بنتين وصاحب السدس
اما وجدة وحينئذ نعلم صاحب الثلث لان صاحبه اما الام او اولاد الام
والام ههنا قد حجبت من الثلث الى السدس واولادها قد حجبوا من جميع الثلث
فيكون اختلاط الثمن بالثلثين والسدس فقط دون الثلث ○ او اختلط الثمن كزوجة
وبنتين وام او اختلط بالثلث والسدس على رايه كزوجة وام واختين لام وابن محروم او [ابن كافر]
بالثلثين والثلث على رايه ايضا كزوجة واختين لابوين واختين لام او بالثلثين فقط
كزوجة وبنتين او بالسدس فقط كزوجة وام وابن كافر او بالثلث فقط كزوجة واختين
لام وابن كافر على رايه ايضا فمن اربعة وعشرين اي فاذا مخرج كل نوع هذه الاختلاطات
كلها هو هذا العدد ومنه تخرج مسائلها وبيان ذلك ان مخرج اقل جزء من النوع
الثاني هو الستة التي دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها وبين الستة
ومخرج الثمن موافقة بالنصف فضربنا نصف احدهما في كل الاخرى فحصل اربعة وعشرون

فصل واذا انكسر سهام فريق عليهم وباينت سهامهم عدد رؤسهم فاضرب عددهم
في اصل المسئلة كامراة واخوين اصل المسئلة من اربعة ربعها وهو واحد للمراة والباقي وهو
الثلثة للاخوين بين سهامهما ورؤسهما مباينة فضربنا عددهما وهو اثنان في اصل المسئلة
وهو اربعة فحصل ثمانية منها للمراة اثنان ولكل من الاخوين ثلثة ○ وان وافق سهامهم
عددهم فاضرب وفق عددهم في اصل المسئلة كامراة وستة اخوة اصل المسئلة ايضا
من اربعة ربعها وهو واحد للمراة والباقي وهو ثلثة للاخوة الستة بين سهامهم وعددهم
موافقة بالنصف فاخذنا وفق عددهم فضربناه في اصل المسئلة فحصل ثمانية للمراة منها [وهو اثنان]
اثنان ولكل من الاخوة واحد ○ وان انكسر سهام فريقين او اكثر وتماثلت اعداد رؤسهم
فاضرب احد الاعداد في اصل المسئلة كثلث بنات وثلثة اعمام اصل المسئلة من ثلثة ثلثاها
وهو اثنان للبنات والباقي وهو الواحد للاعمام انكسر لكل من الفريقين سهامهم وبين
سهام كل منهما وعددهم مباينة ووجدنا بين عدديهما مماثلة فضربنا احد العددين في
الثلثة في اصل المسئلة فحصل تسعة فللبنات منها ستة وللاعمام ثلثة ○ وان تداخلت

الاعداد فاضرب اكثرها في اصل المسئلة كاربع زوجات وثلث جدات واثني عشر عما
اصل المسئلة من اثني عشر ربعها ثلثة للزوجات وسدسها اثنان للجدات والباقي سبعة
للاعمام وجدنا بين سهام كل فريق وعددهم مباينة فاخذنا عدد رؤسهم باسرها ثم طلبنا
النسبة بين هذه الاعداد فوجدنا الثلثة والاربعة متداخلين في اثني عشر فضربنا
اكثر الاعداد وهو اثنا عشر في اصل المسئلة وهو اثنا عشر ايضا فحصل مائة واربعة
واربعون منها للزوجات الاربع ستة وثلثون وللجدات الثلث اربعة وعشرون
وللاعمام الاثني عشر اربعة وثمانون ○ وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق
احدهما في جميع الثاني والمبلغ في وفق الثالث ان وافق والا ففي جميعه والمبلغ
في الرابع كذلك ثم الحاصل في اصل المسئلة كاربع زوجات وخمس عشرة جدة و
ثماني عشرة بنتا وستة اعمام اصل المسئلة من اربعة وعشرين منها للزوجات
الثمن ثلثة وللجدات السدس اربعة وللبنات الثلثان ستة عشر وللاعمام
الباقي واحد فنظرنا الى سهام كل فريق وعددهم فوجدنا في الزوجات بينهما مباينة
وفي الجدات ايضا مباينة وفي البنات موافقة بالنصف فاخذنا نصف عددهن
تسعة وفي الاعمام ايضا مباينة فحفظنا عدد رؤسهم فحصل لنا من اعدادهم
اربعة وستة وتسعة وخمس عشرة ثم طلبنا بينها التوفيق فوجدنا الاربعة
موافقة للستة بالنصف فرددنا احديهما الى نصفها وضربناه في الاخرى فصار المبلغ
اثني عشر وهي موافقة للتسعة بالثلث فضربنا ثلث احديهما في جميع الاخرى فصار المبلغ
ستة وثلثين بين هذا المبلغ وبين خمسة عشر موافقة بالثلث ايضا فضربنا ثلث
خمسة عشر يعني الخمسة في ستة وثلثين فحصل مائة وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ
الثالث في اصل المسئلة اعني اربعة وعشرين صار الحاصل اربعة الاف وثلثمائة
وعشرين فمنها تصح المسئلة كان للزوجات من اصل المسئلة ثلثة ضربناها في المضروب
وهو مائة وثمانون فحصل خمسمائة واربعون فكانت لكل واحدة من الزوجات الاربع
مائة وخمسة وثلثون وكان للجدات الخمس عشرة من اصل المسئلة اربعة ضربناها
في المضروب فحصل سبعمائة وعشرون فكانت لكل واحدة منهن ثمانية واربعون
وكان للبنات الثماني عشرة من اصل المسئلة ستة عشر فضربناها في المضروب
فحصل الفان وثمانمائة وثمانون فكانت لكل واحدة منهن مائة وستون
وكان للاعمام الستة من اصل المسئلة واحد فضربناه في المضروب فحصل
مائة وثمانون فكانت لكل واحد منهم ثلثون ○ وان تباينت الاعداد فاضرب
كل احدها في جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ في الرابع ثم الحاصل في
اصل المسئلة كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام اصل المسئلة
من اربعة وعشرين فللمرأتين منها الثمن ثلثة بينها وبين عددهما مباينة

فاخذنا عددهما وهو اثنان وكالبنات العشر فلهن الثلثان ستة عشر سهما بيان
عددهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عددهن وهو خمسة وكالجدات الست فلهن
السدس اربعة بينها وبين عددهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عددهن وهو
ثلثة وكالاعمام السبعة الباقي وهو واحد وبينه وبين عددهم مباينة
فاخذنا كل عددهم فصار الاعداد الماخوذة اثنان وثلثة وخمسة وسبعة
فهذه كلها اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلثة صار ستة ثم ضربنا
هذا المبلغ في الخمسة فصار ثلاثين ثم ضربنا الثلاثين في السبعة فحصل
مائتان وعشرة ثم ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون
فصار المجموع خمسة الاف واربعين فمنه تصح المسئلة كان للزوجات من اصل المسئلة
ثلثة ضربناها في المائتين وعشر فحصل ستمائة وثلثين فكان لكل واحدة منهما ثلثمائة و
خمسة عشر وكان للبنات العشر من اصل المسئلة ستة عشر فضربناها في المائتين
وعشرة فبلغ ثلثة الاف وثلثمائة وستين فكان لكل واحدة منهن ثلثمائة و
ستة وثلثون وكان للجدات الست من اصل المسئلة اربعة فضربناها في
المائتين وعشرة فصار ثمانمائة واربعين فكان لكل واحدة منهن مائة واربعون
وكان للاعمام السبعة من اصل المسئلة واحد فضربناه في المائتين وعشرة فصار
كذلك فكان لكل واحد منهم ثلثون ٥ قال كانت المسئلة عائلة فاضرب فيها
ضربته في الاصل فيه مع العول في جميع ذلك **فصل** وتداخل العددين
نعرف بان يطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه كالثلثة والستة فانك
اذا طرحت الثلثة من الستة مرتين افنيت الستة بالكلية وكذا الحال لو طرحت الثلثة
من التسعة ثلث مرات افنيتها بالمرة الثالثة وكذا في الثمانية فانك اذا طرحت الثلثة منها
مرتين بقي اثنين او يقسم الاكثر على الاقل فينقسم قسمة صحيحة كالخمسة مع العشرين
فان العشرين منقسمة على الخمسة وعلى الاربعة وعلى الاثنين ايضا فيصيب من العشرين
كل واحد من الخمسة اربعة ومن الاربعة خمسة ومن الاثنين عشرة وقس على ذلك سائر
المتداخلين والسبب فيه انه اذا عد عدد ما هو اكثر منه كان الاكثر مثلي الاقل او امثاله
فيصيب بالقسمة كل واحد من احاد الاقل احاد صحيحة بعدد امثال الاقل في الاكثر
٥ وتوافقهما اي توافق العددين بان ينقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى
يتوافقا في مقدار كالثمانية والعشرين فان الثمانية لا تعد العشرين لكن يعدهما
اربعة فانها تعد الثمانية مرتين والعشرين خمس مرات فهما متوافقان بالربع
وذلك لان العدد العاد لهما مخرج لجزء الوفق بينهما فالعاد لهما الاربعة وهو مخرج
للربع فكانا متوافقين به فان قلت مخرج النصف اعني الاثنين تعدهما ايضا فهلا
جعلتهما من المتوافقين بالنصف اجيب ان المعتبر في هذه الصناعة مع تعدد العاد

هو اكثر عدد يعدهما ليكون جزء الوفق اقل فيسهل الحساب الا ترى ان ربع الثمن
اقل من نصفه وان صار اسهل ولا منافاة في ان يكون بين العددين توافق من
وجوه متعددة كالاثني عشر والثمانية عشر فانهما متوافقان بالنصف والثلث
والسدس لان العدد في سهولة الحساب توافقهما في السدس الذي هو من احدهما
اثنان ومن الاخر ثلثة وتباين العددين ان لا يعد العددين المختلفين معا عدد
ثالث اصلا كالتسعة مع العشرة فانه لا يعدهما معا شيء سوى الواحد الذي ليس بعدد
عنده فان توافقا في واحد فهما متباينان لا وفق بينهما كان اذا القيت من العشرة
سبعة بقي ثلثة واذا القيت ثلثة من السبعة مرتين بقي واحد واذا القيت واحد
من الثلثة مرتين بقي ايضا واحد فعند تفقه العشرة والسبعة بالقاء الاقل
من الجانبين مرارا في الواحد فانه الباقي من كل منهما في بعض درجات الالقاء وان توافقا
في اكثر من واحد فهما متوافقان كالثمانية مع الثمانية عشر فانك اذا القيت من الثمانية
عشر ثمانية مرتين بقي اثنان واذا القيت من الثمانية اثنين ثلث مرات بقي اثنان ثم افنيتهما
عددان متوافقان بالنصف وهذا بيان ما ذكره بقوله فان كان العددان متوافقان في
اثنين فهما متوافقان بالنصف كما في الاربعة والعشرة وان في ثلثة فبالثلث كالتسعة
والاثني عشر وان في اربعة فبالربع كالثمانية والاثني عشر هكذا الى العشرة اي يكون
التوافق في الاعداد التي هي العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهي من النصف
الى العشرة وتسمى هي مع ما يتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة وان توافقا
في احد عشر فبجزء من احد عشر كالاثنين وعشرين مع ثلثة وثلاثين فان العدد
الذي يعدهما احد عشر فقط وهو مخرج جزء من احد عشر وهلم جرا في ثلثة عشر
يتوافقان بجزء من ثلثة عشر كستة وعشرين مع تسعة وثلاثين فان العاد لهما
ثلثة عشر وفي خمسة عشر متوافقان بجزء من خمسة عشر كثلاثين مع خمسة واربعين
فان خمسة عشر يعدهما معا فهما متوافقان بجزء منها ويمكن ان يعبر عن هذا الاخير بانهما
متوافقان بثلث الخمس الذي مخرجه خمسة عشر كما يعبر في اثني عشر كاربعة وعشرين مع
ستة وثلاثين بانهما متوافقان بنصف السدس وفي اربعة عشر كثمانية وعشرين مع اثنين
واربعين بانهما يتوافقان بانهما متوافقان بنصف السبع وبالجملة يعبر عما وراء العشرة باسرها
ان يعبر في التوافق بالاجزاء المضافة الى المخرج الحاصل انك اذا نسبت عددا الى اخر فان ساواه
فهما متماثلان وان فان كان الاقل مفنيا للاكثر فمتداخلان وان لم يكن مفنيا
له فاما ان يعدهما عدد غير الواحد فهما متوافقان او لا يعدهما غيره فمتباينان ٥
فصل وان اردت معرفة نصيب كل فريق من التصحيح الذي استقام على الكل فاضرب
ما كان له اي لكل فريق من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة فما حصل فهو نصيبه
كان نصيبه ذلك الفريق وقد تكرر هذا العمل في الامثلة السابقة للاصول السبعة التي

ثم اضرب فلا حاجة الى ذلك هاهنا وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد
من افراد ذلك الفريق من التصحيح فاقسم ما كان لكل فريق من اصل المسألة على عدد
رؤوسهم ثم اضرب الخارج من هذه القسمة في المضروب الذي ضربته في اصل
المسألة لاجل التصحيح فالحاصل من ضرب الخارج في المضروب نصيب كل واحد من
افراد ذلك الفريق • وان شئت فانسب سهام كل فريق من اصل المسألة الى عدد
رؤوسهم مفردا عن اعداد رؤوس غيرهم ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب
لكل فرد منهم • واذا اردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء فانظر بين التركة
والتصحيح فان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة
ثم اقسم الحاصل على وفق التصحيح فما خرج فهو نصيب ذلك الوارث وان لم يكن بينهما
موافقة فاضرب سهام كل وارث في جميع التركة ثم اقسم الحاصل على جميع التصحيح فما خرج
فهو نصيبه مثال الموافقة زوج واربع اخوات لاب وام واختان لام واصل المسألة
من ستة وتعول الى تسعة فاذا فرضنا التركة ثلثين كان بين التركة والتصحيح توافق
بالثلث فاذا ضربنا نصيب الزوج من اصل المسألة وهو ثلثة في وفق التركة وهو عشرة
حصل ثلثون فاذا قسمنا هذا الحاصل على ثلث المسألة وهو ثلثة ايضا خرج عشرة فهي
نصيب الزوج واذا ضربنا نصيب الاخوات لاب وام من اصل المسألة وهو اربعة في ثلث التركة
صار اربعين فاذا قسمناها على ثلث المسألة كان الخارج وهو ثلثة عشر وثلث واحد
نصيب هؤلاء الاخوات واذا ضربنا نصيب الاختين لام وهو اثنان في ثلث التركة حصل
عشرون فاذا قسمناه على ثلث المسألة كان الخارج وهو ستة وثلثان نصيب هاتين الاختين
ومثال المباينة ان نفرض التركة في المسألة المذكورة اثنين وثلثين فيكون بينها وبين
التصحيح وهو تسعة مباينة فاذا ضربنا نصيب الزوج وهو ثلثة في كل التركة حصل
ستة وتسعون فاذا قسمنا هذا المبلغ على جميع المسألة وهي تسعة كان الخارج وهو عشرة
وثلثان نصيب الزوج من تلك التركة واذا ضربنا نصيب الاخوات لاب وام وهو
اربعة في كل التركة حصل مائة وثمانية وعشرون واذا قسمنا هذا الحاصل على
التسعة كان الخارج وهو اربعة عشر وتسعان نصيب الاخوات لاب وام من
التركة المذكورة واذا ضربنا نصيب الاختين لام في جميع التركة بلغ اربعة وستين
واذا قسمنا هذا المبلغ على التسعة كان الخارج وهو سبعة وتسع نصيبهما
من التركة المفروضة وكذا العمل لمعرفة نصيب كل غريم • وفي القسمة بين
الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين كسهام وارث ثم اعمل العمل المذكور
اعلم ان الباقي من التركة بعد التجهيز والتكفين ان وفى بالديون فلا اشكال
في ان كل غريم ياخذ دينه كله وان لم يف بها مع تعدد الغرماء فالطريق في معرفة
نصيب كل غريم من تلك التركة القاصرة ان يجعل دين كل واحد منهم بمنزلة سهام

كل وارث من تصحيح المسألة ويجعل مجموع الديون بمنزلة مجموع التصحيح ويعمل
هنا ما مر من تعيين نصيب كل وارث فان مات شخص وترك تسعة دنانير
وكان عليه لواحد عشرة دنانير وللآخر خمسة دنانير وجمعنا الدينين كان
المجموع خمسة عشر وهي بمنزلة التصحيح وبين التسعة والخمسة عشر موافقة
بالثلث فاذا ضربنا دين من له عشرة دنانير على الميت في ثلث التسعة حصل ثلثون
فاذا قسمنا هذا الحاصل على وفق التصحيح وهو خمسة كان الخارج وهو ستة نصيب من
كان له عشرة واذا ضربنا دين من له خمسة دنانير عليه في وفق التركة اعني ثلثة حصل
خمسة عشر فاذا قسمنا هذا المبلغ على ثلث التصحيح وهو خمسة كان الخارج وهو ثلثة
نصيب من كان له خمسة ولو فرضنا ان التركة في الصورة المذكورة ثلثة عشر كان بين
التصحيح والتركة مباينة فحينئذ نضرب دين صاحب العشرة في كل التركة فيحصل مائة
وثلثون فاذا قسمنا هذا المبلغ على كل التصحيح وهو خمسة عشر كان الخارج وهو ثمانية
وثلثان نصيب من كان له عشرة ونضرب ايضا دين صاحب الخمسة في جميع التركة
فيبلغ خمسة وستين فاذا قسمنا هذا المبلغ على خمسة عشر خرج اربعة وثلث وهي
نصيب من كان له خمسة ولو فرضنا في تلك الصورة ان التركة خمسة دنانير كان بين التركة
والتصحيح موافقة بالخمس مع كونهما متداخلين فاضرب دين صاحب العشرة في خمس
التركة وهو واحد واقسم الحاصل وهو عشرة على خمس التصحيح وهو ثلثة وثلث نصيب
من كان له عشرة واضرب ايضا دين صاحب الخمسة في وفق التركة واقسم الحاصل على وفق
التصحيح وهو ثلثة فيكون الخارج وهو واحد وثلثان نصيب من كان له خمسة وقد
حاط علمك بان الطريق الجاري في المباينة يتناول الموافقة والتداخل ايضا •
ومن صالح من الورثة والغرماء على شيء معلوم منها يعني لو تصالح الورثة على اخراج
بعضهم عن الميراث بشيء معلوم من التركة يجوز عند التراضي نقله محمد في كتاب
الصلح عن ابن عباس وذكر عمرو بن دينار ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه
طلق امرأته وهي تماضر الكلبية في مرض موته ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان
رضي الله عنه مع ثلث نسوة اخر فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلثة وثمانين الفا قيل
هي دنانير وقيل دراهم فاطرح نصيبه من التصحيح اي التصحيح مع وجود المصالح بين الورثة
ثم اطرح سهامه من التصحيح واقسم الباقي على سهام من بقي من الورثة كزوج وام وعم
فالمسألة مع وجود الزوج من ستة وهي مستقيمة على الورثة للزوج منها ثلثة و
للام اثنان وللعم الباقي وهو واحد فصالح الزوج عن نصيبه الذي هو النصف
على ما في ذمته للزوجة من المهر وخرج من البين فيقسم باقي التركة وهو ما عدا المهر
بين الام والعم اثلاثا بقدر سهامهما من التصحيح وحينئذ يكون سهمان من الباقي
للام وسهم واحد للعم كما كان كذلك سهامهما من التصحيح فان قلت هلا جعلت الزوج

بعد المصالحة واخذه المهر وخروجه من البين بمنزلة المعدوم واى فائدة وجعله داخلا فى تصحيح المسئلة مع انه لا ياخذ شيئا وراء ما اخذه قلت فائدته انا لو جعلناه كان لم يكن وجعلنا التركة ما وراء المهر ننقلب فرض الام من ثلث اصل المال الى ثلث ما بقى اذ حينئذ يقسم الباقى بينهما اثلاثا فيكون للام سهم وللعم سهمان وهو خلاف الاجماع اذ حقها ثلث الاصل واذا ادخلنا الزوج فى المسئلة كان للام سهمان من الستة وللعم سهم واحد فيقسم بينهما الباقى على هذه الطريقة فيكون مستوفية حقها من الميراث ولو فرض انه صالح العم على شىء من التركة وخرج من البين فالمسئلة ايضا من الستة فاذا طرح نصيب العم منها بقى خمسة ثلثة للزوج واثنان للام فيجعل الباقى اخماسا بين الزوج والام فللزوج ثلثة اخماس وللام خمسان وان صالحت الام على شىء فخرجت كانت المسئلة ايضا من الستة فاذا طرح منها سهمان للام بقى اربعة فيجعل الباقى من التركة ارباعا ثلثة منها للزوج وواحد للعم ❁ قال الفقير يعنى الشيخ ابرهيم الحلبى رحمه الله تعالى هذا اخر ما تيسر لى جمعه ولم آل فى عدم ترك شىء من الكتب الاربعة يعنى القدورى والمختار والكنز والوقاية والتمس من الناظر فيه ان اطلع على اهمال شىء من ذلك ان يحمله على ان الانسان محل النسيان وليكن ذلك بعد التامل فى مظان تلك المسئلة فانه ربما ذكرت بعض المسائل فى بعض الكتب المذكورة فى موضع وفى غيره فى موضع اخر فاكتفيت بذكرها فى احد الموضعين ثم انى زدت مسائل كثيرة من الهداية ومن مجمع البحرين ولم ازد شيئا من غيرهما حتى يسهل الطلب على من اشتبه عليه صحة شىء مما ليس فى الكتب الاربعة والله حسبى ونعم الوكيل ❁ قال الفقير مسود هذه الاوراق ❁ الراجى رضاء مولاه يوم التلاق ❁ الحمد لله حمدا دائما اولا واخرا شاكرا لانعمه باطنا وظاهرا ❁ قد وقع الفراغ من جمع هذا الشرح من شروح ❁ بها يطمئن القلب وينشرح الروح ❁ فيما على ستة اشهر من عامين ❁ وهو بشطريه للدين كالله عامين ❁ سنة سبع وخمسين والف ليلة البراءة ❁ من هجرة من جاء الى الامة الحلو بالبراءة ❁ صلى الله عليه وعلى تابعيه من عبده ❁ ما تموج الامواج وملتقى الابحر

تم